



4. 2. 133

4. E. 2

CODICE CIVILE

CON

COMMENTI

CODICE CIVILE

PER GLI STATI

DI S. M. IL RE DI SARDEGNA

COI COMMENTI

DELL' AVVOCATO

VINCENZO PASTORE

DA CUNEO

AVVOCATO PATROCINANTE

NANTI I SUPREMI MAGISTRATI IN TORINO

autore di varie opere legali

VOLUME VI.



TORINO 1840

TIPOGRAFIA DEI FRATELLI FAVALE

CON PERMISSIONE.





CAPO IV.

DELLA FORMA DEI TESTAMENTI.

Sezione I.

DEI TESTAMENTI RICEVUTI DA' NOTAL.

744. Il testamento è pubblico, o segreto.

1.º Il corrispondente articolo 969 del codice civile francese si esprime nei termini seguenti: « Un testament pourra être « *olographe*, ou fait par acte public, ou dans la forme mystique » ed il successivo articolo 970 dispone quanto segue: « Le testament *olographe* ne sera point valable s'il n'est écrit « en entier, daté, et signé de la main du testateur: il n'est « assujetti à aucune autre forme.

Le leggi romane dall'Imperatore Costanzo in poi sino a Giustiniano, non riconoscevano, in via di legge universale, che due forme di testamenti, quello cioè detto nuncupativo, ossia di *nuncupazione esplicita*, in cui il testatore dichiarava a sette testimonii la sua volontà, e la cui redazione in iscritto non era di rigore, come unicamente diretta *ad probationem*, ed il testamento chiamato di *nuncupazione implicita*, ossia mistico, la cui forma venne regolarizzata nella Novella 119, cap. 9.

Dissi in via di legge universale, perchè, secondo il diritto romano, a queste due specie di testamenti varie altre se ne potevano aggiungere, cioè il testamento *coram principem*, ossia *principi oblatum*, il testamento *apud acta* fatto nanti il giudice, ovvero nanti il magistrato municipale, i testamenti che i giureconsulti chiamavano *privilegiati*, perchè minori formalità esigevansi per la loro validità, quali erano i testamenti *militari*, quelli fatti *tempore pestis*, il testamento *ruri*

conditum, quello *favore pias causas* quanto meno per i legati *1, ed in fine il testamento *parentum inter liberos*.

Ma in tutti questi testamenti privilegiati, tranne quello ultimamente accennato, sebbene bastasse un minor numero di testimonii, era però necessario il loro intervento, o quello del principe o del magistrato, a cui essi erano presentati: il solo testamento *parentum inter liberos* aveva forza ed efficacia *da per se*, tuttochè non munito dell'assistenza di testimonii, nè presentato a veruna autorità, purchè fosse scritto e datato di propria mano dal padre testatore, ed avesse gli altri requisiti voluti dall'Imperatore Giustiniano nella Novella 107, cap. 1, con cui quell'Imperatore volle correggere la forse eccessiva efficacia che le anteriori leggi attribuivano alle ultime volontà dei padri rispetto ai loro figliuoli, in qualunque modo constasse delle medesime.

Il testamento ultimamente menzionato fu così quello che più si approssimasse a quel testamento *olografo* che, permesso dagli Imperatori Teodosio e Valentiniano nella Novella 4 riferita nel Codice Teodosiano *2 venne adottato dalle antiche consuetudini francesi *3 e mantenuto nel nuovo Codice civile di quello Stato, ove il predetto codice Teodosiano era ricevuto prima che vi si introducessero le leggi romane.*

Mentre in siffatta determinazione del francese legislatore di mantenere, rispetto al testamento *olografo*, *4 come in molte altre parti del nuovo Codice, il preesistente diritto consuetudinario, noi ravvisiamo quel naturale attaccamento che le nazioni incivilite hanno agli antichi usi loro, la stessa inclinazione ci addita il motivo per cui quella forma di testare non venne dal Sovrano Legislatore nostro adottata nel nuovo Co-

*1 Vedi la legge prima cod. *De Sacros. Eccl.*, ed il Tesoro nella quest. 35, lib. 4, num. 7 *in fine*.

*2 La quale però non essendo stata riportata nel Codice Giustiniano, non fa parte della Romana giurisprudenza, da cui non era perciò il testamento *olografo* riconosciuto.

*3 Ed anche in alcune provincie rette dal dritto Romano, come per esempio in quella d'Alvernia, come ci attesta il dotto sig. Grenier, nella nota, alla pag. 216 del primo volume del suo trattato sulle donazioni ed i testamenti.

*4 L'etimologia di questa parola ci viene additata dal sig. Grenier, dicendola un composto di due vocaboli greci, che in latino significano *solus scribo*.

dice civile, quando si rifletta che essa non era riconosciuta dal diritto romano che ci reggeva nella materia testamentaria, come nelle altre parti della civile legislazione.

Se la principale ragione per cui i legislatori delle più colte nazioni concedettero al proprietario la facoltà di testare, di disporre delle sue sostanze pel tempo in cui egli più non esiste, consistette nel pensiero di somministrargli un mezzo di *ricompensare* i servigi ricevuti, o di provare un' affezione meritata, dee al certo la legge moltiplicare i modi con cui tale facoltà possa essere esercitata; ma considerata sotto questo aspetto l' istituzione di cui ragiono, ne deriva che essa non riflette soltanto l' interesse del disponente, ma altresì quello della persona a di cui favore dispone il testatore.

D' onde la conseguenza che, nello stabilire i modi con cui taluno possa disporre delle sue sostanze per atti di ultima volontà, dee il legislatore preferire quelli che meglio assicurino la notizia della loro esistenza, l' esecuzione di essi.

Queste cose ragionando, e riflettendo a quanti pericoli di soppressione vada soggetto un testamento non consegnato ad un ufficiale pubblico dalla legge incaricato di custodirlo e di notificarlo alle parti interessate, riconoscerà chiunque che il nostro Legislatore Sovrano, sostituendo alla facoltà di disporre per testamento olografo quella di presentare i testamenti segreti ai Tribunali di Prefettura *1 ottiene il doppio intento di agevolare ai sudditi il disporre in modo segreto dei loro beni, e di assicurare l' efficacia di siffatte disposizioni.

Al che se si aggiunge il riflesso che l' esistenza legale del testamento olografo, e così di un atto di tanta importanza, può allora dipendere dal sempre pericoloso mezzo della *verificazione della scrittura di esso*, e se si pon mente alle molteplici controversie che, sulla validità o nullità dei testamenti olografi nacquero in ogni tempo, e di continuo insorgono in Francia ove essi furono come sovra e sono ricevuti *2 noi non possiamo che ammirare la saviezza del prelodato nostro Legislatore Sovrano, nel non avere in tal parte abbracciato il sistema della

*1 Facoltà questa che dalle RR. CC. era limitata ai testamenti, che chiamavansi *archiviati* e che potevano presentarsi ai soli *Senati*.

*2 Sovra queste controversie possono vedersi tutti gli autori francesi, ed in specie il sig. Grenier, il quale ne ha trattate moltissime nel primo volume della sua opera dal num. 226 al 228 *octavo*.

francese legislazione, da cui egli erasi di già scostato, rispetto al Ducato di Genova colle Regie Patenti del 4 giugno 1816, e col Regio Viglietto 24 settembre 1828 per quanto riguarda i testamenti olografi fatti negli altri Regii Stati di terraferma *durante l'osservanza delle leggi francesi*, non ancora eseguiti, quando i testatori siano morti dopo il Regio Editto del 21 maggio 1814.

2.^o Le relazioni che possiamo avere col predetto reame di Francia e con altri Stati in cui sia riconosciuta la forma olografa di testare, potrebbe spingermi a trattenere i miei lettori intorno alle controversie colà insorte sui detti testamenti olografi, ed a riferire le decisioni sulle medesime emanate, se il vegliante Codice Civile avesse in tutta la sua estensione mantenuta la massima assentata dalla decisione senatoria del 18 marzo 1780, referente D. Paoletti nella causa di Claudio Guy e Marianna Parà contro Michele Guy. *1

Ma la disposizione contenuta nell'alinea dell'articolo 797 non concedendo ai testamenti fatti all'estero *dai sudditi*, effetto nei Regii Stati, se non quando saranno ricevuti da un Notaio od altro pubblico Ufficiale, le quistioni premenzionate, ristrette al caso contemplato nella prima parte dello stesso articolo, non possono nascere così frequenti, onde il trattarle convenga a quello scopo di manifesta utilità che è l'unico propostomi nei da me compilati Commenti.

745. Il testamento pubblico è ricevuto da un Notaio in presenza di quattro testimoni.

1.^o Se io non scrivessi che per istruzione delle persone che hanno fatto uno studio delle leggi romane, ravviserei superfluo lo indagare il motivo per cui, rispetto alle persone che intervenire debbano nella confezione del testamento *pubblico*, altre volte chiamato di *nuncupazione esplicita*, il codice francese, nell'articolo 971, la cui disposizione venne seguita da pressochè tutti i codici moderni, ed adottata parimenti dal Sovrano Legislatore nostro in questo articolo *2, siasi scostato da quanto di-

*1 Riferita nella Prat. Leg. part. 2, tom. 4, pag. 72 colle elaboratissime conclusioni che la precedettero.

*2 Il succitato articolo 971 del codice francese permette l'intervento di due

sponevano le leggi premenzionate. Giacchè alle persone qui sovra nominate è troppo noto che alla prima forma di testare dai Romani adottata nanti il popolo radunato *in calatis comitiis* essendo stato sostituito il testamento detto *per aes et libram*, il quale era una specie di vendita che il testatore faceva della sua eredità, à cinque testimonii che a tale testamento intervenivano, rappresentavano, come osserva Montesquieu, le cinque classi del popolo romano (non comprendendosi la sesta composta di persone nullatenenti) ai quali testimonii aggiungevasi quello che portava la bilancia *libripens*, ed il *familiae emptor*, cioè quello che *per emancipationem imaginariam*, acquistava l'eredità *1.

Così che, essendo quindi andata in disuso la forma predetta di testare *per aes et libram*, si mantenne pei testamenti pubblici, detti *nuncupativi* *2, la necessità dell' intervento di *sette testimonii*, nanti i quali il testatore *nuncupabat heredem*, dichiarava la sua ultima volontà, alla cui efficacia non si richiedeva che essa fosse in iscritto redatta, giacchè, dopo il decesso del testatore, i testimonii andavano ad attestare nanti il Giudice le disposizioni per esso verbalmente fatte *3.

Le superficiali notizie che vengo di dare a quelli de' miei lettori che non siano istruiti della prima origine dei testamenti

soli testimonii nel testamento pubblico quando questo è ricevuto, non da un solo, ma da due notai.

Ma siffatta disposizione, desunta dalla celebre ordinanza del 1735, non essendo consentanea agli usi presso di noi ricevuti, non presentavasi motivo per cui essa dovesse venire adottata.

*1 Sembrerà a prima giunta strano che colui che acquistava l'eredità figurasse come testimonio nel testamento; ma il celebre Pothier, nelle sue *Pandette*, lib. 28, tit. 1, num. 21, osserva che, quando erasi introdotto presso i Romani questo modo di testare, suolevasi fare con uno scritto a parte e segreto, un erede altro che il compratore pre nominato, al quale quest' ultimo era tenuto di restituire l' eredità, e che siffatto uso era stato adottato onde evitare che l' erede conosciuto attentasse alla vita del testatore.

*2 Questo nome venne dato ai testamenti orali sostituiti a quello *per aes et libram*, perchè la parola *nuncupare* significa voce nominare l' erede.

*3 *Furgle des testam.* ci insegna che questo modo di testare in forma nuncupativa senza scritti, e di successiva propalazione giudiciale delle fatte disposizioni, era ancora in vigore in Francia in alcune regioni denominate *de droit écrit* quando venne pubblicata l' ordinanza del 1735 (osp. 2, sez. prima, num. 21; e sez. 2, num. 23 e seguenti.).

presso i Romani, e degli usi per essi successivamente introdotti rispetto a tali atti, basteranno a far loro conoscere il motivo per cui, in questo articolo, esigendosi, pei testamenti pubblici, soltanto la presenza di *quattro testimonii*, siasi fatta una così essenziale innovazione al disposto nell'articolo 1.^o, lib. 5, tit. 22, cap. 2 delle Generali Costituzioni.

Le leggi romane non prescrivendo in detti testamenti la necessità dell'intervento di sette testimonii per un motivo desunto dacchè l'esperienza avesse dimostrata siffatta necessità onde assicurare la verità del contenuto in questi pubblici atti ma piuttosto come una conseguenza del primo uso adottato nella emanazione delle ultime volontà, non presentavasi ragione per cui i moderni legislatori non dovessero, rispetto al numero dei testimonii predetti, scostarsi da un precedente il quale non lasciava di formare, quanto meno nei piccoli villaggi e nelle campagne, una difficoltà alla più facile loro constatazione; motivo forse per cui i romani legislatori avevano dovuto adottare varie specie di testamenti privilegiati o meno solenni, quali erano, oltre i testamenti militari e quelli conditi *tempore pestis*, i testamenti *parentum inter liberos*, e quello *ruri conditum*.

2.^o Una fra le più gravi quistioni cui abbia dato luogo in Francia la pubblicazione del codice civile, e la disposizione contenuta nell'art. 972 di esso sulle formalità necessarie ad osservarsi nei testamenti per atto pubblico, fu quella se, in detti testamenti, oltre le formalità in quell'articolo stabilite, si dovessero osservare le altre forme prescritte, per tutti gli atti ricevuti da notai, dalla nota legge del 16 marzo 1805 (25 ventoso anno XI) organica del notariato, e la cui omessione, giusta l'articolo 68 della stessa legge, traeva seco la nullità degli atti notarili che ne fossero viziati.

Le divergenti opinioni degli autori in proposito furono susseguite, per alcuni anni, da una varia ed oscillante giurisprudenza delle Corti d'Appello di Francia, avendo noi veduto pronunziarsi per la negativa, e così per la non necessità dell'osservanza nei testamenti delle forme stabilite dalla legge precitata, le corti di Bruxelles, di Reims e di Limoges; *1 ed

*1 Ravviso inutile il citare le date di quelle sentenze, e le raccolte periodiche in cui esse sono riferite, come pure quelle di cui infra (ciò che non mi rincuorerebbe malagevole cosa, se siffatta notizia potesse essere utile ai miei lettori) e ciò per trattarsi di controversia che non può insorgere presso di noi, come

essere la stessa controversia stata decisa in senso opposto ed affermativo, prima anche dell'infra citata decisione della Corte regolatrice, dalle Corti d' Aix, e di Douai, ed anzi in vario ed opposto modo risolta dalla stessa Corte d'Appello in questa capitale sedente, cioè con una prima sentenza del 21 dicembre 1805 (30 frimaio anno XIV), per l'applicazione ai testamenti della citata legge sul notariato, e per la sola esecuzione in essi delle forme speciali prescritte dal codice civile francese, con un'altra sentenza del 14 marzo 1807.

L'opinione abbracciata dalle prelodate Corti d' Aix e di Douai, conforme a quella del presidente Malleville nelle sue osservazioni sul precitato articolo 972 del codice civile, ed a quelle dei sigg. Grenier e Merlin, ricevette in fine il suggello dell'autorità della Corte Suprema di Francia mercè una decisione dalla medesima profferita il primo ottobre 1810 a relazione del sig. consigliere Cassaigne e sovra conclusioni conformi del signor Giraud avvocato generale. *1

Trattavasi di un testamento condito dal sig. Roëlant nanti un notaio in presenza di quattro testimonii, dei quali il notaio predetto non aveva accennata la residenza, menzione questa prescritta dall'art. 14 della legge sul notariato, e la cui omissione importava la nullità dell'atto notarile pronunziata dall'art. 68 della stessa legge.

La Corte d'Appello di Bruxelles, riformando, con una sentenza del 9 agosto 1808, quella profferita dal tribunale d'Audenarde, aveva dichiarato valido il controverso testamento, credendo che la legge invocata fosse soltanto applicabile ai contratti.

Sulla dimanda della coerede legittima di detto testatore, la precitata sentenza venne annullata per contravvenzione al disposto dagli articoli 14 e 68 della legge sul notariato.

La Corte di Cassazione considerava essere quella una legge generale comprensiva di tutti gli atti ricevuti da notai, e così anche dei testamenti pubblici, ai quali perciò fossero parimenti applicabili le formalità in essa prescritte; — che se il codice

dimostrerà a suo luogo. Limiterommi a riferire la decisione della Corte regolatrice di Francia, che fissò in proposito la giurisprudenza francese.

*1 Questa sentenza venne riferita in pressochè tutte le raccolte delle decisioni della Corte di Cassazione, ed in quella del sig. Denevers, vol. dell'anno 1810, pag. 498.

civile aveva stabilite delle forme particolari ai testamenti pre-detti, non avesse avuto intendimento che di rivestirli di maggiori solennità; — che conseguentemente lungi dal derogare, rispetto ad essi, al disposto dalla precitata legge generale, avesse inteso di esigerne di più l'esatta osservanza in tutto ciò che non fosse dallo stesso codice derogato.

Presso di noi l'articolo seguente avrebbe potuto somministrare un ben debole argomento per la non applicazione ai testamenti delle leggi sul notariato, desunto dalla nota regola *inclusio unius est exclusio alterius*, perchè il Legislatore nostro Sovrano abbia in detto articolo singolarmente imposto al notaio l'obbligo di conoscere la persona del testatore od assicurarsi dell'identità della medesima, e fare di ciò menzione, *il tutto sotto le pene portate dalle leggi sul notariato*.

Ogni dubbio in proposito trovasi però risolto, primieramente dalle Regie Patenti del 10 marzo del corrente anno 1840 (delle quali farò cenno all'art. 751) ed in cui, dopo di essersi dichiarato non essere necessario che l'atto di presentazione di un testamento segreto sia scritto di mano propria del notaio che lo riceve, si è soggiunto bastare che egli *si conformi a tale riguardo alle vigenti leggi* sul notariato, fra le quali figura l'obbligo imposto ai notai dal § 27 del titolo 6 del regolamento del 1770, di esortare i testatori pei lasciti alle opere pie ed allo spedale de' SS. Maurizio e Lazzaro, obbligo questo non derogato dal vegliante Codice Civile, come noi abbiamo in una lettera all' Azienda Generale di Finanze del 2 aprile 1838 *1.

In secondo luogo perchè questa intenzione del Sovrano Legislatore nostro di mantenere in osservanza, rispetto ai testamenti, le prescrizioni delle leggi generali sul notariato, risulta parimenti dalla sposizione dei motivi del nuovo Codice, capo *Della forma dei testamenti*, ove, dopo di essersi spiegati i riflessi che determinarono il disposto nell'articolo 802, si soggiunge « senza pregiudizio però delle prescrizioni contenute nei « regolamenti particolari sul notariato, in ordine alle diverse « obbligazioni che incumbono specialmente a' notai, ed alle pene « cui vanno soggetti in caso d' inosservanza degli stessi regolamenti. »

3.º Tanto mi basti di avere, sovra questo articolo, rilevato ad istruzione così de' giureconsulti cui possa occorrere di emet-

*1 Riferita nel Diario Forense vol. 51, pag. 293.

tere il loro sentimento sovra testamenti pubblici nei quali siano state omesse formalità prescritte dalle leggi e dai regolamenti particolari sul notariato, come e particolarmente de' notai a cui è dalla legge affidata l'altrettanto importante che onorevole incumbenza di ricevere le ultime volontà delle persone che vogliono disporre delle cose loro pel tempo in cui esse più non esisterranno. Chè l'occuparmi della giurisprudenza assentata dalle Corti francesi sulle conseguenze della massima riconosciuta dalla Corte Suprema di quello Stato nella decisione del 1° ottobre 1810, citata nella nota precedente, non presenterebbe uno scopo di utilità ai miei lettori, veggendosi quella giurisprudenza fondata sulle prescrizioni contenute nella legge francese sul notariato, da me pure citata nella nota stessa, ed essere perciò la medesima inapplicabile presso di noi: mentre d'altro canto i riflessi da me più volte spiegati nel corso di quest'opera, e recentemente ancora nella nota seconda, all'articolo precedente, non mi permettono d'internarmi in una minuta disamina delle leggi e regolamenti sul notariato presso di noi vigenti, e delle quistioni che sulla loro applicazione possano insorgere, soprattutto dacchè la massima parte delle discipline stabilite nelle leggi nostre relative al notariato da osservarsi così nei testamenti come negli altri atti pubblici, altre che quelle contemplate negli articoli seguenti, non sono prescritte a pena di nullità degli atti stessi, ma soltanto colla sanzione di pene pecuniarie, sospensione o rimozione dall'ufficio.

Avveritò bensì che la prescrizione in questo articolo sancita è una di quelle alla cui ommissione l'articolo 802 impone la penale della nullità del testamento.

746. Il Notaio debbe conoscere la persona del testatore, od assicurarsi dell'identità della medesima, e fare di ciò espressa menzione, il tutto sotto le pene portate dalle leggi sul notariato.

La disposizione contenuta in questo articolo venne desunta da quella che noi avevamo, generale per tutti gli atti ricevuti da notai, nel § 9, lib. 5, tit. 22, cap. 1 delle RR. CC., ed è diretta ad evitare la *supposizione di persona*, con cui si può

attribuire un testamento od altro atto pubblico ad un individuo che vi fu totalmente estraneo.

Essendo ciò una falsità, il Legislatore non aveva d'uopo di applicare la disposizione irritante dell' articolo 802 all' adempimento dell' obbligo che il presente impone ai notai rispetto ai testamenti, ed all' atto per essi ricevuto.

Onde evitare siffatti delitti, il precitato articolo della Regia Legge pronunziava la pena d' anni cinque di galera contro il notaio, il quale ricevesse un atto pubblico senza conoscere le parti, o senza che gli fossero indicate da persone degne di fede.

L' articolo 362 del nuovo Codice Penale ha mitigata questa pena come in esso.

747. Il testatore in presenza dei testimoni dichiara la sua volontà al Notaio, il quale parimente in loro presenza dà lettura del testamento al testatore, e fa menzione, nell'atto dell' adempimento delle disposizioni di quest' articolo.

1.° Basta il fare un superficiale confronto delle prescrizioni contenute in questo articolo con quelle dell' art. 972 del codice civile francese per discernere in quali essenziali punti il Legislatore nostro Sovrano siasi scostato da quella legge straniera.

Vuole il precitato articolo 972 che il testamento sia *dettato* dal testatore al notaio che lo riceve, e *scritto* da quest' ultimo, che ne sia data lettura al testatore predetto in presenza dei testimonii, e che del tutto ne sia fatta menzione espressa.

Sebbene il senso tecnico che la giurisprudenza assegna al vocabolo francese *dicter*, secondo la dottrina del celebre Merlin, sia quello di « prononcer mot-à-mot ce qu'on destine à être « en même temps écrit par un autre » e perciò, rigorosamente parlando, i vocaboli (riferiti nel testamento al testatore) *ha detto e dice, ha disposto e dispone, ordina e vuole* ed altri simili, non potessero riguardarsi identici colle parole *ha dettato*, quantunque l' in allora Corte d' Appello sedente in questa capitale, dopo messo in vigore in queste contrade il codice civile francese, abbia figurato fra le prime Corti d' Appello che, intorno alla menzione del citato articolo 972 di quel codice prescritta del *dettame*, si attennero al rigore della legge, come

lo prova la sentenza per essa profferta il primo settembre 1804 (14 fruttifero anno XII) nella causa *utrinque* Rolando *1 e questo sistema sia stato seguito da altre Corti d' Appello di Francia, e segnatamente da quella sedente in Aix con una sentenza dell' 8 marzo 1811 nella causa Ducros contro Condellieu *2, tuttavia i più accreditati autori francesi antichi *3 e moderni, e fra essi il primo il presidente Malleville nelle sue osservazioni sul precitato articolo 972, convennero che il codice francese nel prescrivere la *dettatura* lo *scritturato* e la *lettura* del testamento, e la loro menzione nell'atto, non intendesse che il notaio dovesse far uso di quelle *sacramentali* espressioni, e non ostasse che alle medesime supplir si potesse, con *equipollenza*, come dimostrerò in una prossima nota trattando un' altra questione cui può dar luogo la disposizione di questo articolo, conforme a quella del precitato articolo del codice francese.

Si riconobbe di fatti non essere esclusa la dettatura del testamento per ciò solo che il notaio abbia redatte le disposi-

*1 Accennata nella raccolta dell'Accademia vol. 1, pag. 68, e riferita in quella intitolata *Giurisprudenza del Codice Civile* vol. 3, pag. 82 e seguenti, i cui compilatori fanno gli elogi ai motivi sui quali detta sentenza è fondata, che essi dicono luminosamente sviluppati.

*2 Riferita nella citata raccolta intitolata *Giurispr. del Cod. Civ.* vol. 17, pag. 120., e seguenti.

Se lo riferir dovessi le decisioni tutte emanate dalla Corte di Cassazione e dalle Corti di Appello di Francia, sovra controversie insorte sulla bastante od insufficiente menzione, contenuta in certi testamenti, di detti *dettatura*, *scritturato* e *lettura*, merco i termini di cui avevano fatto uso i notai che li ricevettero, ed i motivi che dettarono siffatte decisioni, non basterebbe un volume a tanto lavoro.

Ma oltrechè la giurisprudenza adottata in Francia intorno alla *dettatura* ed allo *scritturato* dei testamenti, non presenterebbe presso di noi una qualunque utilità, non avendoli l'articolo prescritti, e trattandosi di controversie che, come osserva il sig. Grenier, si sono moltiplicate pressochè all' infinito, sovra di esse limiteremmi, come fece il prelodato scrittore, a rimandare il lettore alle discussioni contenute nella sezione 2, § 3, art. 2, vol. 17 del *Repertorio Universale* del sig. Merlin ed agli altri raccoglitori delle sentenze delle Corti superiori di Francia.

*3 Fra i quali il celebre Ricard, il quale riferisce alcune decisioni antiche sull' applicazione della consuetudine d' Orleans ed altre che esigevano nel testamento la menzione della *dettatura*,

zioni che esso contiene *in terza persona* come si dice *1 qualunque colui che detta realmente una cosa che debba essere scritta contemporaneamente, si esprima in persona prima dicendo: *ordino, voglio, istituisco, lego o lascio*, o per ciò solo che il notaio abbia redatte in lingua francese le disposizioni che gli erano spiegate in lingua o dialetto volgare. *2

Quanto sovra ritenuto, ovvii presentansi i varii riflessi che spingere dovevano il Sovrano Legislatore nostro a prescindere dal volere che il testamento pubblico *fosse dettato dal testatore*; e primieramente, senza fare confronti intorno alla maggiore o minore istruzione che trovar si possa nelle persone della classe media o di quella infima, in Francia e negli Stati del Reale dominio de' nostri Sovrani, non possiamo ignorare che la massima parte degli individui i quali devengono alle disposizioni di ultima volontà per testamento pubblico *3 siano incapaci di dettare siffatte disposizioni; questa incapacità presentasi poi tanto più frequente, in quanto che i prenommati individui non passano ordinariamente a disporre delle cose loro, se non allorquando essi, da grave infermità sorpresi, sono oppressi dal male, ed appena capaci di esprimere con pochi vocaboli le loro volontà, e quali debbono poi venire dal notaio che riceve il testamento, redatte con quelle più appropriate espressioni che si convengono ad un simile atto; così che la menzione della *dettatura* in siffatti testamenti, non sarebbe il più delle volte esatta, se questo vocabolo si intendesse nel senso esclusivo qui sovra menzionato, e finirebbe per divenire in detti atti una mera *clausula dello stile del notaio*, come essa lo era durante l'osservanza delle leggi francesi.

In secondo luogo l'esperienza avendo come sovra dimostrato a quante controversie abbia dato luogo la disposizione del citato articolo 972 del codice civile francese, prescrivente che il

*1 Sentenza della Corte di Cassazione del 18 gennaio 1809, ed altra della stessa Corte dell'11 novembre 1822, riferite in varie raccolte e segnatamente dal Merlin nel suo Repertorio v.^o *Testament*, § 5, art. 1, num. 10. .

*2 Sentenza della Corte di Cassazione del 4 maggio 1807 riferita nella raccolta del Sirey di detto anno, pag. 19 del supplim. e citata da altri autori francesi.

*3 Essendo presso le persone della classe media e di quella elevata in oggi molto ricevuto il disporre per testamenti segreti, uso che sarà molto più comune sotto l'osservanza dell'articolo 774 attesa la facoltà che esso concede.

testamento pubblico *sia dettato* dal testatore, ottimo consiglio del legislatore si è quello di evitarle; limitando le formalità prescritte osservarsi in certi atti pubblici a quelle che si ravvisino indispensabili onde guarentirne *la sincerità*.

2.^o Le osservazioni da me fatte sulla molteplicità delle controversie cui diede luogo il disposto dal più volte citato articolo 972 intorno alla *dettatura* del testamento pubblico, si presentano del pari in riguardo dell'altra prescrizione dello stesso articolo, secondo cui il predetto testamento *dece essere scritto dal notaio tal quale gli venne dettato*; e pei riflessi or ora accennati, noi dobbiamo encomiare la saviezza del Sovrano Legislatore nostro nel non avere egualmente adottata siffatta prescrizione.

Al che si aggiunge la considerazione che lo scritturato della disposizione testamentaria per parte del notaio è una conseguenza della *dettatura al medesimo*, e che, tolta la necessità di quest'ultima, non vi sarebbe più motivo per cui si ricusasse al notaio predetto la facoltà di prevalersi dell'opera di un praticante od altro amanuense per la redazione in iscritto delle volontà che gli vengono dal testatore dichiarate, e la cui fedele spiegazione e traduzione dal dialetto volgare alla lingua italiana, esige tutta l'attenzione di quel pubblico funzionario, e che essa non sia distratta dalla materiale occupazione dello scritturato.

Oltrechè lo imporre al notaio che riceve un testamento pubblico l'obbligo di scriverlo di propria mano, sarebbe stata, rispetto a questi atti, una specie di interdizione dell'esercizio delle loro funzioni a que' notai, i quali, o per la loro avanzata età, o per infermità ad essi sopravvenute, non sono più abilitati ad eseguire uno scritturato di una certa estensione, mentre i primi di essi, mercè l'acquistata esperienza, sono più capaci di occuparsi di una esatta e fedele redazione delle ultime volontà dei morenti.

3.^o Il nostro articolo non esige dunque, come il citato articolo 972 del codice civile francese, nè che il testamento *sia dettato* dal testatore, nè che esso *sia scritto* dal notaio; ma egli vuole e si limita a prescrivere che il testatore, « in presenza dei testimonii, *dichiari la sua volontà* al notaio, « il quale perimenti in loro presenza, dia lettura del testa-

« mento al testatore , e faccia menzione nell' atto dell' adempi-
« mento delle disposizioni di quest' articolo. »

Ho avvertito nella nota prima qui sovra, che in una prossima nota sovra quest'articolo stesso, mi occuperò della controversia se, nella menzione che la legge esige dal notaio che riceve un testamento dell' esecuzione da lui data al disposto dalla medesima, debba quel pubblico ufficiale far uso delle *sacramentali espressioni* in essa impiegate; ovvero basti una menzione *equipollente*; ed ho fatto presentire che l' opinione dei migliori giureconsulti francesi, avvalorata dall' ultimo stato della giurisprudenza delle Corti superiori di quel reame si è pronunziata in favore di detta *equipollenza*, intesa però nei termini che verranno da me in detto luogo spiegate.

Io porto opinione che non dissimile sarà la massima che verrà dai nostri Magistrati Supremi assentata.

Quanto sovra premesso, io ritengo che la formola finora adottata dai notai nella redazione dei testamenti pubblici, in cui, dopo di avere narrato l' anno, il mese, ed il giorno, come parimente il luogo in cui essi vengono ricevuti, consegnano essere *alla presenza dei testimoni* di cui indicano il nome, il prenome, e la residenza, comparsa la persona che richiese il loro ministero, la quale, volendo fare il suo testamento, *abbia disposto e disponga* nei termini successivamente spiegati, riempia sufficientemente, e *per equipollenza* il voto della prescrizione in questo articolo contenuta, per quanto riguarda la menzione che il testatore *ha dichiarato la sua volontà al notaio in presenza dei testimoni*; e sono persuaso che, se la sentenza profferita dal regio tribunale di prefettura di questa città il 27 agosto 1839 a relazione del sig. assessore Gringia, riferita nel Diario Forense *1 venisse portata in grado d'appello nanti l' ecc.mo Reale Senato del Piemonte, il magistrato supremo non esiterebbe a confermarla, tanto più che nel testamento del Giovanni Battista Rostagno, dopo le disposizioni da lui fatte leggevasi quanto infra: « Tale dice essere la sua ultima volontà, volendo che ne sorta la sua piena esecuzione a mente del disposto delle leggi vigenti ».

Espressioni queste le quali, aggiunte alla menzione della presenza dei testimoni, fatta in principio dell' atto del notaio, e rinnovata in fine di esso, ove egli accenna la lettura data del

*1 Tom. 34, pag. 153 e seguenti.

testamento al notaio, contengono, in mio senso, sufficiente menzione della *dichiarazione di volontà* in siffatta presenza dall'articolo prescritta, essendo riconosciuto in giurisprudenza, come dimostrerò in appresso, che la legge non determina nei testamenti un luogo piuttosto che un altro, ove debbansi fare le menzioni che essa esige.

Siccome tuttavia una delle principali attenzioni che il notaio deve avere nella sua redazione degli atti da lui ricevuti, si è quella di concepirla con quelle espressioni più chiare, precise e legali, che meglio giovar possano ad evitare i dissidii e le liti, io suggerirei ai notai predetti di aggiungere a quel precedente loro formulario « essere nanti loro ed alla presenza « dei signori (nominando quindi come sovra i testimonii) com-
« parso Tizio il quale, volendo fare il suo testamento *abbia in*
« *presenza di detti testimonii dichiarata a lui notaio la sua*
« *volontà*, e disposto come segue: » e sarebbe desiderabile che i notai, nel riferire le disposizioni fatte dal testatore, le ponessero *in persona prima* come si dice coi vocaboli *ordino, istituisco, lascio, lego* e simili, come quelli che meglio si confanno ad una dichiarazione di volontà successivamente fatta dal testatore predetto.

Ma qui non posso prescindere dal far cenno di un abuso nei tempi addietro, pur troppo introdottosi nel rogito dei testamenti pubblici già detti *nuncupativi*, allora soprattutto che il testatore trovavasi dal morbo aggravato, e poco in situazione di spiegare, con un libero e continuato discorso le ultime sue volontà.

In siffatte circostanze alcuni notai (fors'anche per la difficoltà che essi incontrar potevano a trovare sette individui disposti a passare nella camera dell'infermo testatore parecchie ore necessarie alla redazione in iscritto delle volontà dal medesimo difficilmente espresse) si credevano autorizzati ad eseguirla senza la presenza dei testimonii, i quali non venivano chiamati che alla lettura del testamento, preceduta alcuna volta da una interrogazione che essi notai facevano al testatore sulla persona o persone che egli voleva istituire eredi universali, e seguita da altra interrogazione posteriore alla lettura stessa, se egli l'avesse ben intesa, e se il contenuto nel detto testamento fosse o non conforme alla sua volontà, al che il testatore predetto rispondeva, od a voce, od anche con segni, affermativamente.

Prescindendo dall' esaminare se questo modo di ricevere un testamento di nuncupazione esplicita fosse o non totalmente analogo alle disposizioni delle leggi preesistenti, e conciliabile con quella delicatezza che i notai debbono avere nell' esercizio dell' importante loro ministero, avvertirò bensì che esso non potrebbe ravvisarsi consentaneo al disposto nel presente articolo.

Vuole il medesimo che il testatore *dichiari la sua volontà al notaio in presenza dei testimonii*: ciò sembrami voler dire che questa volontà sia dal testatore predetto alla presenza degli stessi testimonii dichiarata per ciascuna disposizione, per ciascun lascito, e per le istituzioni che egli intende di fare, e che tale sua volontà sia in loro presenza scritta, o fatta scrivere dal notaio *a misura che essa viene dal testatore dichiarata*.

Il sig. Toullier *1 ci insegna che anticamente in Francia le opinioni erano divise sul punto se potesse validamente testarsi per segni o parole affermative sovra le interrogazioni che al testatore vengono fatte dal notaio; ma che dopo l' ordinanza del 1735, di cui l' articolo quarto prescriveva che il testatore *pronunziasse intelligibilmente* le disposizioni in presenza di sette testimonii. « Il est donc clair (dice egli) qu'il ne suffit « pas qu'étant interrogé sur ses dispositions, il réponde simplement par un oui ou par quelqu'autre parole de consentement. » Ed i signori Duranton *2 e Favard *3 sono d'opinione che, anche secondo il codice francese, un testamento così fatto sarebbe nullo.

Io non voglio pronunziarmi sulla quistione se, quando fosse provato che in un testamento pubblico i testimoni non furono chiamati che dopo compitane dal notaio la redazione, potrebbe dirsi adempito il disposto dal presente articolo, il quale vuole che il testatore *dichiari la sua volontà al notaio in presenza dei testimonii*, per ciò solo che il predetto testatore interrogato dallo stesso notaio alla loro presenza o successivamente sovra caduna scritta disposizione, ovvero complessivamente sovra tutto il contenuto nel testamento, se siano le disposizioni premenzionate conformi alla sua volontà, abbia con un segno di capo od anche con un sì risposto affermativamente

*1 Vol. 3, pag. 116, num. 410.

*2 Tom. 5, pag. 36, num. 69.

*3 V. Testament. sez. prima, § 3, art. 4.

e se perciò un tale testamento sarebbe valido o colpito dalla nullità, pronunziata dall' articolo 802.

Trovo nel Diario Forense proposta e risolta nei termini seguenti siffatta controversia: « È comune opinione che, secondo il nuovo Codice che ci regge, il notaio può scrivere il testamento prima di chiamare i testimonii; ma non vuolsi omettere dal dichiarare al testatore al notaio alla presenza dei testimonii la sua volontà. Se il notaio scrivesse il testamento, quindi, richiesti i testimonii, ne facesse loro la lettura, il testamento peccherebbe senz' altro di nullità. »

Limiterommi ad osservare che, nel caso da me accennato, se il notaio avesse scritto in siffatto testamento avere il testatore a lui dichiarata la volontà sua, ovvero avere disposto come segue *in presenza dei testimonii*, quand' anche il testamento fosse valido, e la menzione da lui fatta in proposito non caratterizzasse una vera falsità, non potrebbe egli scansare la taccia quanto meno di poca esattezza nell' adempimento delle importanti funzioni che dalla legge gli vengono affidate.

4.º Conforme al disposto nel § 1, lib. 5, tit. 22, cap. 2 delle RR. CC., ed al qui sovra citato articolo 972 del codice civile francese, è la seconda prescrizione in questo articolo sancita, secondo cui il notaio *de* *in presenza dei testimonii dare lettura del testamento al testatore, e far menzione nell' atto dell' adempimento delle disposizioni di questo articolo.*

Se, come alla *dettatura* ed allo *scritturato* del testamento, prescritti dalla legge francese, così alla *dichiarazione di volontà* che il detto nostro articolo esige, può assai frequentemente succedere che il notaio receptore di detto testamento sostituisca altri vocaboli più o meno identici o sinonimi, come l' esperienza lo dimostrò nei paesi ove le prescrizioni di detto codice francese formano legge, ben difficilmente può succedere, e ben di rado avverrà fra di noi *1 che un notaio sostituisca in un testamento un' altra parola al vocabolo *lettura* di cui egli dee far uso nella menzione che l' articolo da lui esige dell' avere egli letto il testamento al testatore in presenza dei testimonii.

Ed infatti le controversie che, dopo la pubblicazione del Codice Civile, presentaronsi alla decisione delle Corti Superiori di

*1 Ove la formola notarile precedentemente adottata, era comprensiva della lettura già prescritta dalla Regia legge.

Francia, intorno alla menzione fatta nei testamenti della *lettura* di essi, non raggiuraronsi sull'impiego di altri vocaboli per accennarla eseguita, ma unicamente sul punto se le espressioni dal notaio usate indicassero nel modo dalla legge voluto che questa lettura *del testamento* fosse stata fatta *al testatore in presenza dei testimoni*.

Dubitossi, per esempio, se il testamento contenesse l'*espressa* menzione della lettura prescritta dall'articolo 972 del codice francese, quando il notaio diceva di avere letto il testamento *al testatore ed ai testimoni*, ovvero di averlo letto *in presenza del testatore e dei testimoni*, e così anche quando il notaio, dopo di avere fatta menzione essere stato il testamento dettato dal testatore e scritto da lui notaio *in presenza dei testimoni*, soggiungeva *averne fatta lettura al testatore il quale avesse dichiarato di averla bene intesa*, e persistere nelle fatte disposizioni.

Troppo lungo riescirebbe il qui narrare le tanto svariate perifrasi e clausule con cui furono concepiti i molteplici testamenti che sottoposero alla decisione delle Corti Superiori di Francia le insorte quistioni sulla esistente o non *espressa menzione della lettura del testamento al testatore in presenza dei testimoni*.

Nè meno lungo sarebbe il riferire gli argomenti tutti che adducevansi, a sostegno delle divergenti loro opinioni, dagli autori francesi, a corredo della contraria giurisprudenza in proposito assentata dalle Corti Superiori, e le decisioni di queste Corti che la resero dapprima incerta ed oscillante, colla citazione delle raccolte periodiche in cui esse vengono riferite.

Riducendo perciò la discussione di cui passo ad occuparmi a sommi capi, premetterò che alcuni scrittori, alcune Corti d'Appello, e la Corte di Cassazione in alcune sue sentenze, opinarono « dapprima che la menzione della lettura *al testatore in presenza dei testimoni* non potesse dirsi fatta dal notaio nel testamento, « salvo quando egli fossesi valso di queste *sacramentali espressioni*, ovvero di altre *così necessariamente inseparabili dall'idea di questa simultanea lettura che colpevole di falso potesse chiamarsi il notaio che erroneamente l'avesse menzionata*. »

Che per contro altri scrittori, altre Corti d'Appello, e la stessa Corte regolatrice, in altre sue decisioni, ammisero quindi l'*equipollenza*, ed essere sufficientemente adempiuto il voto della legge « quando le espressioni usate dal notaio nella menzione dalla

« stessa legge prescritta, presentassero una *grande verosimiglianza ed una certezza morale* che la lettura del testamento fosse stata fatta simultaneamente al testatore ed ai testimonii, e così al primo in presenza di questi ultimi, sebbene non escludessero in modo assoluto il contrario. »

Accennerò qui come la divergenza delle opinioni degli scrittori francesi venga riferita dal signor Vazeille nella sua conferenza dei commentari del Codice Civile francese sulle successioni, donazioni e testamenti. *1

« M. Merlin (dice egli) a préparé et soutenu ce système de rigueur *2; M. Delvincourt l'a suivi *3; M. Toullier se plaint de son excès *4; il a été modifié, et M. Grenier *5, M. Favard *6 ont applaudi aux modifications; M. Duranton *7 se tient un peu en arrière; et M. Dalloz *8 craint qu'on ait posé une règle trop générale, en décidant que la mention de la lecture peut résulter de l'ensemble des expressions de l'acte qui manifestent, avec évidence, l'accomplissement des formalités prescrites. »

A sostegno del sovra accennato sistema di rigore si invoca l'importanza della lettura del testamento *al testatore in presenza dei testimonii*, come quella che offre la migliore garanzia della sincerità delle disposizioni che esso racchiude; d'onde si conchiude che il Legislatore, nel prescrivere una *espressa* menzione fatta dal notaio dell'adempimento di questa formalità, abbia voluto che siffatta menzione fosse espressa in termini tali a non *potersi conciliare* col di lei inadempimento; che una positiva inconciliabilità di questa natura non può riscontrarsi quando le espressioni della menzione premenzionata non escludono una *lettura successiva*, fatta in diversi tempi od in diversi luoghi al testatore ed ai testimoni, ovvero quando tale menzione si riferisce *in genere* a tutte le forme della dettatura, dello scritturato e della lettura del testamento. *9

*1 Tom. 2, art. 972, pag. 432, num. 15.

*2 Repert. v.º Testament, sect. 2, § 3, art. 2, num. 3.

*3 Tom. 2, pag. 302.

*4 Tom. 5, ediz. franc. (3 ediz. di Bruxelles) num. 426 e seg.

*5 Tom. 1, num. 240 bis.

*6 V.º Testament, sect. 1, § 3, num. 23.

*7 Tom. 9, ediz. franc. 5 (ediz. di Bruxelles) num. 85.

*8 Rép. mét. chap. 6, sect. 4, art. 3, § 2.

*9 Non riferisco e non fo che accennare gli argomenti principali addotti a corredo delle divergenti opinioni.

Ricorrono poi i sostenitori del contrario sistema all'autorità dell'immortale Cancelliere d'Aguesscau il quale parlando *1 della menzione della lettura del testamento al testatore prescritta dall'articolo 5 dell'Ordinanza del 1735 così si esprime: « Il faut éviter d'introduire ces formules scrupuleuses qu'on a « rejetées avec raison comme une espèce de piège aux notaires « et par eux aux testateurs. »

Osservano che il Codice prescrive bensì una espressa menzione della lettura del testamento *al testatore in presenza dei testimoni*, ma non ne prescrive alcun formulario, nè stabilisce i termini con cui essa debba eseguirsi; che l'articolo 972 del Codice civile francese (a differenza di quanto prescriveva l'art. 5 dell'Ordinanza del 1735) non esige una menzione *particolare* per la lettura del testamento, ma si appaga di una menzione *generale* (*il est du tout fait mention expresse*) comprensiva di essa e della *dettatura* e dello *scritturato* del testamento, e che, se l'equipollenza si ammette rispetto a queste ultime menzioni, non siavi ragione di respingerla rispetto alla premenzionata *lettura* del testamento.

Invocano in fine i sostenitori di quest'ultimo sistema il principio generale di diritto, che dicono conforme alla retta ragione, secondo cui, allorchè la clausula di un atto è suscettibile di due sensi dee essa intendersi in quello piuttosto che renda l'atto valevole ed efficace che non nel senso contrario.

Fra gli autori francesi che trattarono siffatta controversia uno di quelli che se ne occuparono con maggiore sviluppo è il sig. Toullier *2 la cui dottrina è in gran pregio non solo presso i giureconsulti, ma altresì presso i Magistrati; egli comincia ad accennare le sentenze profferte dalla Corte di Bruxelles *3 il 9 marzo 1804 (19 ventoso anno XII) ed in di lei conferma dalla Corte di Cassazione il 10 dicembre 1805 (19 frimaio anno XIV) colle quali venne deciso che « la clausula finale del testamento *« fait et passé en présence de témoins*, non contiene la « menzione di cui si tratta. »

*1 Tom. 9, pag. 477.

*2 Tom. 3, num. 425 ad 431.

*3 Non citerò qui le raccolte periodiche in cui le accennate sentenze vengono riferite, essendo fra le mani di pressochè tutti i legali le estesissime opere dei signori Merlin, Favard, Dalloz, ed anche il recente *Journal du Palais*.

Passa quindi l'autore a citare le sentenze che decidevano nello stesso senso quando nel testamento si era detto essere stata la lettura di esso fatta, non *al testatore in presenza dei testimonii*, ma *al testatore ed ai testimonii*, ovvero *in presenza del testatore e dei testimonii*, ed accenna a quelle, conformi alla dottrina di rigore, citate dal Dalloz nella sua Giurisprudenza del secolo XIX, tom. 10 edit. Tarlier, num. 384 *1 colle quali si era adottata la regola che la semplice possibilità di due letture separate bastasse per escludere la menzione espressa di una sola lettura simultanea al testatore ed ai testimonii *2.

Il prelodato scrittore soggiunge quindi: « et comme les tribunaux ont une tendance presque invincible à toujours renchérir de sévérité sur les arrêts des Cours supérieures, le sort de tous les testaments publics devint tellement incertain qu'il suffisait presque de les attaquer pour les faire annuler. »

« On ne se bornait point à n'admettre aucun équivalent à la formule devenue sacramentelle de la lecture donnée au testateur en présence des témoins, on allait jusqu'à disputer sur l'endroit de l'acte où elle (la menzione della presenza dei testimonii) devait être placée, sur le membre de la période auquel il fallait la rapporter, et l'on soutenait que, si elle était placée entre la mention de l'écriture faite par le notaire, et la mention de la lecture faite au testateur le testament était nul, parcequ'alors l'énonciation de la présence des témoins ne doit se rapporter qu'à l'une ou à l'autre de ses opérations, à l'un ou à l'autre des membres de la phrase, ce qu'on ne pouvait juger que par la ponctuation. Ainsi on voulait faire dépendre le sort des testaments d'un point ou d'une virgule. L'excès (dice egli) de la déraison emmena les esprits aux vrais principes: on sentit la nécessité de rejeter des maximes dont les conséquences conduisaient à l'absurde. »

In comprova di quest'ultima proposizione il signor Toullier, dopo di avere citata una sentenza della Corte d'Appello di Caen

*1 La Corte di Appello sedente in questa metropoli aveva però adottata una contraria giurisprudenza in tre sue decisioni la prima del 31 marzo 1806, ove essa citava la legge 29 *de verborum signif.*, la seconda del 19 aprile stesso anno, e la terza del 12 gennaio 1808, riferite nella raccolta dell'Accademia di giurisprudenza, vol. 3, pag. 276 e 440, e vol. 8, pag. 136.

*2 La stessa Corte di Bruxelles, aveva di già in una sentenza del 22 agosto 1804 (4 fruttifero anno XII) deciso che la lettura *al testatore, ed ai testimonii* riempie il voto della legge « parceque l'emploi du mot *lecture* au singulier prouve qu'il n'a été fait qu'une seule lecture et non plusieurs lectures successives. »

con cui si dichiarò valido un testamento ove il notaio, fatta menzione della dettatura e dello scritturato di esso *in presenza dei testimonii*, soggiungeva averne data lettura *alla testatrice*, la quale aveva dichiarato averla intesa e persistere nelle fatte disposizioni, di altra sentenza conforme della Corte di Parigi del 9 agosto 1811 pronunziata sovra un testamento concepito a un dipresso nei detti termini, stata confermata dalla Corte di Cassazione con altra del 21 ottobre 1812, non meno che di un'altra sentenza consimile alle due precitate, profferta dalla Corte di Nimes *1 il 29 marzo 1811, passa a riferire la specie del testamento della vedova Bollé in cui il notaio, dopo di avere fatta menzione della *dettatura* del testamento *in presenza dei testimonii*, dello scritturato di esso *in loro presenza*, aveva soggiunto: « lu et relu à la testatrice (senza più dire *en présence des témoins*) qui a déclaré bien comprendre le tout et y per-
« sévérer. »

La Corte d'Appello di Bruxelles, riformando la sentenza del Tribunale di Charleroi, aveva dichiarato valido quel testamento con una sentenza del 12 marzo 1811, sul riflesso della massima del diritto romano, sanzionata nell'articolo 1157 del Codice civile francese secondo cui, nel dubbio, si dee dare alle clausole contenute in un atto quel senso che lo renda valido ed efficace.

Riferisce l'autore che questa sentenza fu invano denunziata alla Corte di Cassazione, la quale rigettò la relativa dimanda con una sentenza del 21 gennaio 1812, adottando la massima summenzionata (senza però citare l'articolo suddetto del Codice civile) ed egli soggiunge: « c'est ici l'un de ces arrêts qu'il faut
« bien remarquer parcequ'ils fixent la jurisprudence prête à
« s'égarer, et ramenant les esprits aux vrais principes; un de
« ces arrêts que le Chancelier Bacon appelle énergiquement
« *ancora legum.* »

Soggiunge quindi che la Corte di Cassazione non si diparte più da questa giurisprudenza, e dopo di aver detto che, nelle raccolte delle decisioni, molte se ne trovano che la confermano, passa a citarne tre, l'una del 30 novembre 1813, con cui fu parimente dichiarato valido un testamento, nel quale il notaio, fatta menzione della lettura del testamento *al testatore*, della di lui persistenza e dichiarazione di non volervi variare, sog-

*1 Riferita dal Sirey nella sua raccolta del 1821, parte 2, num. 364.

giungere: « fait et lu avant midi, en l'étude du notaire »
 « en présence des sieurs témoins appelés. » L'altra del
 28 novembre 1816, pronunziata sovra un testamento in termini
 consimili esteso, e la terza del 20 novembre 1817 sul testamento
 del signor Delaporte la cui clausula finale era concepita nei ter-
 mini seguenti: « fait et passé en présence de . . . témoins ap-
 « pelés qui ont avec nous notaire signé la minute des présentes ;
 « et à l'égard du testateur, il a déclaré ne savoir écrire ni signer
 « de ce interpellé ; après lecture faite audit testateur qui a dit
 « bien entendre. »

Sono ben rimarchevoli i motivi di quest'ultima decisione così
 concepiti: « considérant qu'il résulte de la contexture du testa-
 « ment dont il s'agit qu'il a été dicté, écrit, entendu et ap-
 « prouvé par le testateur en présence des témoins, et qu'il est
 « fait mention de cette dernière formalité *1.

Il signor Grenier *2 dopo di avere osservato che la Corte di
 Cassazione aveva abbandonato, e con ragione il sistema di ri-
 rigore da essa in prima adottato, e che essa giudicava *costan-*
tamente che la menzione della lettura del testamento *al testa-*
tore in presenza dei testimoni, può risultare dal complesso
 del testamento medesimo, soggiunge tale essere l'idea dell'
 ultima giurisprudenza data dal signor Favard *3 all'appoggio
 delle molte decisioni da lui accennate fra le quali ne cita una
 del 6 aprile 1824 *4 nella quale noi leggiamo il seguente ri-
 flesso: « Considérant que, si l'article 972 du Code civil veut
 « que le notaire insère, sous peine de nullité, la mention ex-
 « presse que le testament a été lu au testateur en présence des
 « témoins, il est vrai aussi que cet article n'a pas prescrit des
 « termes sacramentels pour exprimer cette mention ; — que
 « dès-lors le notaire ne se trouve pas assujetti à telle ou telle
 « forme de rédaction, et qu'il suffit, pour que le vœu de la
 « loi soit rempli, que cette mention résulte évidemment de l'en-
 « semble des dispositions *5 du testament. »

*1 Vedi Sirey, tom. 10, part. 1, pag. 31.

*2 Cit. tom. 1, num. 240 bis.

*3 Cit. loco sez. prima, § 3, num. 33.

*4 Riferita dal Sirey, tom. 25, part. prima, pag. 32.

*5 Sarebbe forse meglio detto *des clauses du testament*, perchè il voca-
 bolo *disposition* si riferisce più propriamente agli ordinamenti del testatore che
 all'operato del notaio.

Il signor Vazeille cita ancora una sentenza della Corte di Cassazione del 22 luglio 1829 conforme alla massima dalla prelodata Corte ultimamente adottata, ed un'altra consimile della Corte di Orléans del 10 febbraio 1830 *1; nei motivi della prima di esse noi leggiam» quanto segue: « Attendu enfin que « des formalités prescrites pour assurer les dispositions du testateur ne doivent pas, lorsqu'elles ont été remplies, devenir « l'objet des subtilités tendantes à anéantir ces mêmes dispositions; La Cour casse *2. »

L'importanza della discussa controversia mi ha spinto a dilungarmi nel riferire la successiva giurisprudenza sovra di essa adottata dalle Corti superiori di Francia, più che nol comporterebbero i limiti della mia opera, massimamente che, non prescrivendo il nostro articolo la *dettatura* e lo *scritturato* del testamento, la *lettura* di esso, e la relativa menzione che il notaio dee farne a pena di nullità, costituiscono la più essenziale delle formalità a cui i testamenti pubblici sono dal nostro Codice assoggettati.

Io non esito a credere che, allorquando siffatta quistione verrà sottoposta alla decisione dei Magistrati nostri Supremi, essa verrà risolta nel senso dell'ultima giurisprudenza francese.

Mi confermano in questa opinione, rispetto alla *simultaneità* o *successività* della lettura che si dica data *al testatore ed ai testimoni* ovvero *in presenza del testatore e dei testimoni*, i riflessi svolti dalla nostra Corte d'Appello nelle citate sue tre decisioni; e rispetto agli altri modi preaccennati della menzione della lettura dei testamenti, i motivi delle ultime sentenze proferte dalla Corte regolatrice di Francia, e le conseguenze del contrario sistema così bene dimostrate dal dotto sig. Toullier; e tanto maggiormente mi accosto all'opinione di detto scrittore ed all'ultimo stato della francese giurisprudenza sull'ammissibilità degli *equipollenti*, che essa servi di base alla decisione magistrale in proposito di siffatta controversia, profferta dal Senato di Nizza il 19 giugno 1824 a relazione del signor Senatore Guiglia nella causa Barbera contro Repetto ed altri *3.

*1 Cit. tom. 2, pag. 438, num. 17 in fine.

*2 Questi motivi sono riferiti nel Dizionario del dritto moderno v. *Testament* num. 202.

*3 Riferita nella raccolta del sig. Avvocato Duboin, serie dei testamenti, tom. 1, pag. 313, e seguenti.

Non posso però così facilmente adottare quell'applicazione *alle formalità del testamento* del disposto dall'articolo 1157 del Codice civile francese (il nostro articolo 1248) che spinse la Corte di Bruxelles a riformare la precedente sua giurisprudenza sulla discussa controversia, sembrandomi non troppo esatto lo applicare ad un testamento una regola stanziata in una legge tutta contrattuale, ed in una sezione intitolata *Dell'interpretazione dei contratti*; e potendo essere pericoloso lo estendere in modo generale agli atti di ultima volontà le prescrizioni legali sancite nel titolo VI del libro presente.

Senza tale applicazione non mancano tuttavia presso di noi gli argomenti per dire che, quando una clausula testamentaria, anche di quelle che riflettono le formalità dei testamenti, può essere suscettiva di due sensi, essa dee venire intesa piuttosto in quello che lo renda valido ed efficace, che non in quel senso che escluda l'adempimento di una formalità dalla legge, a pena di nullità di esso, prescritta.

Un primo argomento ce lo somministra la legge 12 *De rebus dubiis* la cui disposizione può essere più applicabile alle clausule che concernono l'*extrinseco*, e non l'*intrinseco* dell'atto, che non i succitati articoli 1157 del codice francese, e 1248 del nostro, se si riguardano le disposizioni che li precedono negli articoli 1156 e 1247.

Un secondo argomento ce lo supplitano le massime assentate dai Magistrati nostri Supremi che *suprema defunctorum elogia ea semper interpretatione sint donanda ut potius valeant quam pereant*; e quella secondo cui *semper recte gestos omnes actus praesumendi sunt, donec ab iis qui eos vitiosos contendunt aliud manifeste probetur*.

A corredo dell'opinione da me qui sovra esternata che l'articolo 1248 non sia troppo applicabile ai testamenti, aggiungerò ancora un altro riflesso che mi sembra di qualche forza: nella nota 18 all'articolo 701 ho detto che la giurisprudenza francese, applicando ai testamenti il disposto dall'articolo 1319 di quel Codice (tuttochè stanziato nel titolo III di esso, intitolato *Dei contratti e delle obbligazioni convenzionali*) non ammette la prova testimoniale per escludere un fatto in detti testamenti asseverato dal notaio recipiente, senza che colui il quale chiede di somministrarla, *si iscriva in falso incidentale civile contro quell'atto*, e nella nota 19 ho spiegato ai meno istruiti di quella legislazione, cosa sia l'iscrizione in falso incidentale preaccennata

Siffatta giurisprudenza può sino ad un certo punto legittimare un maggior rigore nello esigere che i notai consegnino nei testamenti le menzioni dalla legge prescritte dell'adempimento delle formalità sostanziali da essa volute, *in termini* così positivi ad escludere ogni dubbio sovra tale adempimento, ed a paralizzare qualunque prova contraria in giudizio meramente civile.

Nelle note 20 e 21 allo stesso articolo 701 ho poi rilevato quale fosse la nostra giurisprudenza anteriore al Codice sulla prova testimoniale premenzionata, ed ho creduto che questa giurisprudenza non sia, quanto meno per ora, innovata dall'articolo 1416, così che, anche sotto l'osservanza del vegliante Codice civile, la prova testimoniale sia ammissibile per giustificare che non siano state adempite quelle formalità di un testamento, della cui osservanza si è in esso fatta menzione dal notaio, allora che le fatte relative deduzioni siano ben circostanziate e positive.

Se questa mia opinione può avere un legale fondamento, lo essenziale divario tra la giurisprudenza francese e la nostra intorno all'ammissibilità o non della prova qui sovra menzionata, ci somministra un motivo di più per cui i nostri Magistrati possano facilitare nel ravvisar sufficienti certe menzioni non *letteralmente conformi* alla legge, le quali, quand'anche esse fossero tali, non provcrebbero sino ad iscrizione in falso incidentale civile.

5.° Ma se per la validità di un testamento pubblico basta che il notaio faccia in esso la prescritta menzione che il testatore gli ha dichiarata la sua volontà, e che egli diede ad esso lettura del testamento in presenza dei testimonii, e ciò con espressioni tali dal di cui complesso possa manifestamente risultare di questi fatti, le menzioni premenzionate, dovranno esse, a pena di nullità del testamento, farsi, la prima avanti di consegnare le disposizioni fatte dal testatore predetto, e la seconda nella chiusa dell'atto?

Certamente sarebbe inesatta ed anche irregolare la tessitura di un testamento, in principio del quale il notaio, dopo di avere detto che il testatore gli dichiarò la sua volontà da lui redatta come infra in iscritto, soggiungesse con una specie di menzione anticipata, che delle da lui fatte disposizioni egli ne diede lettura al testatore in presenza dei testimonii, narrando successivamente le disposizioni premenzionate; e sarebbe del pari inesatto ed irregolare che il notaio, dopo di essersi limitato, in principio del testamento, a dire che Tizio, volendo fare il

suo testamento, *ha ordinato, ha legato, ha instituito*, in fine e nella chiusa soltanto di esso soggiungesse che data lettura del testamento al testatore in presenza dei testimonii, egli lo confermò, come esteso in conformità della sua volontà in tale presenza da lui dichiarata al notaio: le regole logiche ci additano che la prima di queste due menzioni ha la sua sede naturale in principio del testamento, (come quelle della dettatura e dello scritturato prescritte dall' articolo 972 del Codice civile francese) nello stesso modo con cui la propria sede della menzione della lettura sta nella chiusa del testamento, dopo che si sono riferite le disposizioni fatte dal detto testatore.

Così ragionavano di fatto gli eredi legittimi della damigella Hamelin, impugnando come nullo il di lei testamento, anche perchè in principio di esso il notaio, dopo di avere detto essergli il medesimo stato dettato dalla testatrice, soggiungeva averlo egli scritto *come segue*, e provocando la cassazione della sentenza della Corte d'Appello di Caen del 28 gennaio 1807 che non aveva fatto caso di siffatta pretesa nullità.

Sostenevano i predetti eredi che la menzione fatta dal notaio in principio del testamento, non poteva avere (riferendosi a cosa non ancor fatta) altro significato salvo che quello che egli *si proponeva di scrivere* il dettatogli testamento e di adempiere così al disposto dalla legge: ma vi ha egli realmente adempiuto? soggiungevano essi: di ciò non ne risulta.

Tuttavia la Corte di Cassazione colla sentenza per essa proferta il 26 luglio 1808, rigettava la fatta dimanda: « Attendu « que l'article 972 (del Codice Civile) n'a aucune disposition « d'où l'on puisse induire que la mention qu'il prescrit, doit « être insérée dans telle ou telle partie de l'acte » *1

6.º Sembra pressochè impossibile possa venire in mente di un notaio che riceve un testamento pubblico, ove egli consegna le disposizioni fatte dal testatore in persona prima coi vocaboli *ordino, lego*, e simili, *il porre in bocca dello stesso testatore le menzioni relative alle formalità della dettatura* (della dichiarazione di volontà prescritta da questo articolo) della redazione o scrittura e della lettura del testamento.

Tuttavia una dichiarazione del Re di Francia del 16 agosto 1783 ci prova che siffatto uso era stato introdotto nella città di

*1 Questa sentenza citata dal sig. Merlin nel suo Repert. v.º *Testament*, § 2, art. 4, num. 5, è riferita dal Denevers nella sua raccolta dell' anno 1808, pag. 37 e seg., e dal Sirey nel vol. del 1809 parte prima, pag. 369.

« ces mentions ne sont pas étrangères au notaire qui, garant
« de tous les faits qu'il énonce comme siens, se rend propres
« les déclarations qu'il place dans la bouche du testateur, et
« atteste ainsi lui-même ce que le testateur a exprimé. » Ci-
tano due sentenze della Corte di Cassazione dello stesso giorno
13 maggio 1829, ed un'altra della Corte di Nancy del 27 gen-
naio 1830, con cui la stessa massima sia stata adottata *1, o per
meglio dire la Corte Suprema, ammettendo l'applicazione alla
controversia dell'infra citata legge, ne fa però della controversia
stessa un punto di fatto piuttosto che di diritto, quando le Corti
d'Appello, nel complesso delle clausole del testamento ravvisino la
prova che *il notaio si è appropriata quella menzione.*

Tuttavia il sig. Merlin *2 è di contrario sentimento, fondandosi
sul disposto dall' art. 14 della legge sul notariato del 25 vent. an.
XI, il quale vuole che *dal notaio* sia fatta la menzione delle sot-
toscrizioni, dalle parti, dai testimonii, e da lui apposte agli atti
per esso ricevuti, e sovra una analogia tra questa prescrizione e
quella dell' articolo 972 del codice francese.

Egli cita tre sentenze, l'una del 22 giugno 1815 della Corte
di Limoges, e due della Corte di Bruxelles dei 5 aprile 1816
e 16 maggio 1821, con cui furono dichiarati nulli testamenti
concepiti nei termini predivisati.

Il nostro articolo disponendo che « il testatore dichiara
« la sua volontà *al notaio il quale* dà lettura del testamento
« al testatore, e *fa menzione* nell'atto dell' adempimento delle
« disposizioni di quest' articolo, » vuole che la menzione della
dichiarazione di volontà, egualmente che quella della lettura,
emanino dal notaio che riceve il testamento.

L' articolo 802 prescrivendo che le formalità a cui va soggetto
il testamento pubblico in forza della disposizione contenuta in
questo articolo, debbano osservarsi a pena di nullità di esso,
convengo che, se la quistione in questa nota discussa si offrisse
alla decisione dei Magistrati nostri Supremi, la sua soluzione
presenterebbe una grave dubbietà.

Io propenderei per l' opinione esternata dai prelodati com-
pilatori del Dizionario, sia per la ragione che essi ci adducono
come sovra, sia in seguito al principio dell' equipollenza in-

*1 V.° Testament, num. 216 e 217.

*2 V.° Testament, sez. 2, § 2, art. 6.

torno alle menzioni richieste nei testamenti, fortemente abbracciato dall'ultima giurisprudenza francese, ed anche dai Supremi Magistrati nostri, come ho dimostrato segnatamente nella nota quarta qui sovra.

7.° Può accadere che il notaio, il quale riceve un testamento pubblico, prima di estendere la clausola contenente la menzione della lettura del testamento al testatore *in presenza dei testimonii*, non interroghi questi ultimi se essi sappiano sottoscrivere ossia *fare il loro nome*, e che, dopo di avere egli menzionata siffatta lettura come seguita in presenza dei testimonii *infrascritti*, si verifichi che due di quelli richiesti per l'atto, siano *illitterati*, dei quali, a mente dell'articolo 749, basta il *sottosegno* per la validità del testamento.

L'articolo 974 del codice civile francese, contenendo eguale disposizione (limitata però ai testamenti ricevuti *dans les campagnes*), siffatto emergente diede alcuna volta luogo a sostenere, che inesatta fosse la menzione della lettura fatta *en présence des témoins soussignés*, quando due soli dei richiesti testimonii avevano sottoscritto il testamento, il quale perciò dovesse venire riputato nullo; ed i compilatori del più volte citato Dizionario del diritto civile moderno ci dicono che la Corte di Limoges, con una sentenza del 22 febbraio 1825, annullava per siffatto motivo un testamento *1.

Essi soggiungono però *2 che la Corte d'Appello di Parigi, con una sentenza del 20 dicembre 1850, dichiarava sufficiente la menzione discorsa, « quando dalle altre clausole del testamento risulti che la stessa menzione si applica indistintamente ai quattro testimonii instrumentarii. »

Dopo di avere riferita la prima di dette decisioni, gli stessi scrittori soggiungono: « Mais cette décision n'est-elle pas une subtilité? N'est-il pas plus raisonnable, et même plus exact d'appliquer ce mot *soussignés* à tous ceux qui ont dû signer l'acte et qui sont compris dans la mention relative aux signatures? La déclaration de ne savoir signer ne tient-elle pas lieu de la signature effective. »

Io approvo senza esitazione questa opinione e questi ragionarsi dei prelodati giureconsulti, ed il riflesso fatto dalla Corte regolatrice di Francia nella sua decisione del 22 luglio 1829

*1 V.° Testament. num. 203.

*2 Ivi, num. 213.

(l'ultima di quelle citate nella nota quarta qui sopra) mi sembra maggiormente applicabile al pretestuoso difetto di menzione di cui si ragiona; e tanto più di buon grado mi accosto all'opinione premenzionata, che l'ultimo riflesso degli scrittori francesi riceve presso di noi più ovvia applicazione al *sottoscrigno* voluto dal già citato articolo 749 del nostro Codice, che non alla semplice dichiarazione *de ne savoir signer*, che la legge francese sostituiva alla sottoscrizione del testimonio illitterato.

8.º Colle illustrazioni da me date alle prescrizioni contenute in questo articolo, io non pretendo di avere trattate tutte le quistioni che, sulla validità dei testamenti pubblici, insorte in Francia sopra le regole stabilite dall'articolo 972 di quel codice che vennero mantenute dal Legislatore nostro Sovrano *1, si leggono proposte e discusse dagli scrittori legali di detto Stato: ho scelto quelle che mi parvero le principali, o per le dubbietà che alla risoluzione loro insorgevano, o perchè più facili ad eccitarsi. Passerò ora ad occuparmi di una ben grave controversia, su cui ben pronunziata è l'opinione degli autori francesi e la giurisprudenza delle Corti superiori, alla quale però io dubito se i Magistrati nostri Supremi, sarebbero per accostarsi: essa è la seguente, e si suddivide in varie più particolari quistioni.

Prima quistione: Allorchè il notaio che riceve il testamento, dopo di avere fatta la prescritta menzione di lettura di esso, scrive nel medesimo *le postille* di cui ha fatti, nel corpo dell'atto, i consueti segni o numeri di rimando, questa menzione *si riferisce essa parimenti alle postille premenzionate*, onde la lettura debba ravvisarsi seguita di tutto il testamento? Siffatta controversia venne sottoposta alla decisione della Corte Suprema di Francia rispetto al testamento della damigella Eleonora Lescure, e dalla prelodata Corte decisa in senso affermativo, con una sentenza del 3. agosto 1808, riferita nella raccolta del Denevers *2 e citata dai signori Grenier *3, Toullier *4, e Va-

*1 E così escluse quelle riflettenti le menzioni della *dettatura* e dello *scritturato* del testamento, formalità queste che, come osservai nella nota 2 qui sopra, non sono dal nostro Codice prescritte.

*2 An. 1808, pag. 391.

*3 Tom. 1, num. 259, pag. 334, prima col. in fine.

*4 Tom. 3, num. 435, pag. 128.

zeille *1, nel Repertorio del signor Merlin *2 e dai compilatori del Dizionario generale *3.

La giustizia di questa decisione, riconosciuta da tutti gli scrittori qui sovra nominati, presentasi manifesta, e non ha bisogno di commento.

2.^a quistione: Se dopo la menzione della lettura del testamento al testatore, il notaio vi aggiunge delle disposizioni *meramente spiegative* di quelle contenute nel testamento stesso e che non contengono verun nuovo lascito o disposizione, il difetto di menzione della lettura di siffatta disposizione addizionale, importerà esso la nullità della medesima e di tutto il testamento?

Troviamo la risoluzione in senso negativo di questa controversia nella legge 21, § 1, *Qui testam. facere possunt* ove il giureconsulto Ulpiano si propone i tre casi del testatore, il quale *stichum legaverat cum plures haberet, nec declaravit de quo sentiret*, ovvero abbia fatto un legato a Tizio suo amico, mentre più amici avesse di questo nome, od anche avesse errato nel nome o prenome del legatario; ed il giureconsulto si appoggia al riflesso che il testatore in questi casi *nihil dat, sed datum significat*, come parimenti quando egli spieghi la qualità della moneta contemplata nel legato.

Se la disposizione addizionale è, come sovra, *meramente spiegativa* di quella principale, i prelodati autori concordano nell'opinione col romano giureconsulto, che essa è valida, sebbene non sia rivestita delle formalità di lettura od altro dalla legge prescritte, perchè essa si reputa formar parte del corpo del testamento *4; altro sarebbe, come dirò ulteriormente, se la premenzionata disposizione sortisse dai limiti prenarrati.

Questa distinzione, dice il signor Toullier, fu sviluppata dal signor Merlin *avec sa profondeur ordinaire* nelle di lui conclusioni sovra cui emanò la sentenza della Corte di Cassazione del 4 novembre 1811 che avrò occasione di citare qui sotto *5.

*1 Tom. 2, art. 972, pag. 447, num. 25.

*2 V.° Testament, sez. 2, art. 2, § 2, n.° 6.

*3 V.° Testament, num. 210.

*4 Toullier, cit. loc., num. 453, Diz. Gen. del Diritto mod., v.° Testament, num. 206.

*5 Réperl. Univ. v.° Testament., sez. 2, § 3, art. 2, num. 6 bis (édit. Tharlier pag., 492).

3.^a Quist. Da quanto vengo di dire già si comprende che le *vere disposizioni addizionali non meramente spiegative*, scritte in un testamento dopo la menzione della lettura di esso, e senza siffatta nuova menzione alle medesime relativa, sono nulle e di nessun effetto, ciò che non sembra poter formare oggetto di dubbio: ma *questa nullità potrà essa trarre seco quella di tutto il testamento?*

Questa importante controversia venne la prima volta sottoposta alla decisione della Corte di Appello in questa città sedente nella causa del testamento dell' Ignazio Crosa, in cui il notaio, dopo la fatta menzione della lettura di esso, aveva aggiunto un legato fatto dal testatore alla Maria Carnuzzo di un vitalizio di annue lire trentasei.

La prelodata Corte, colla sua sentenza del 4 dicembre 1807, dichiarò *nullo il testamento*, sul riflesso dell'indivisibilità degli atti testamentarii, credendo che la *regola utile per inutile non vitiatur* non fosse applicabile alla nullità di un testamento per difetto di forma; in qual caso l' inosservanza della legge rispetto ad una parte dell'atto, basti per renderlo *nullo in intero*, giusta la regola *propter vitium formae utile vitiatur per inutile*, ed invocando la prima parte del citato § 1 della legge 21 *Qui testam. facere possunt*, ove il giureconsulto Ulpiano dice: « Si quid post factum testamentum mutari placuit omnia ex integro facienda sunt. *1 »

Di questa sentenza il signor Danesio crede testamentario di detto Ignazio Crosa ne chiedeva la cassazione, invocando a suo torno le altre surriferite prescrizioni della citata legge romana, ed osservando che i commentatori, e fra essi Gotofredo intendono i vocaboli *si quid* della *istituzione di un nuovo erede*; ma la sua dimanda fu rigettata dalla Corte regolatrice, sovra conclusioni conformi del signor Thuriot Sost. Proc. Gen. con sentenza del 19 aprile 1809 *2.

La stessa massima fu adottata dalla Corte Suprema di Francia con un' altra sentenza *di cassazione* del 13 settembre 1809, in cui l'aggiunta fatta dopo la lettura del testamento dalla Gioanna

*1 V. la Racc. dell' Accad., vol. 7, pag. 9.

*2 Riferita in detta Raccolta vol. 10, pag. 78; in quella istit. Giuris. del Cod. Civ. vol. 12, pag. 465; dal Denevers vol. di detto anno 1809, pag. 157; dal Sirey, vol. 1, dello stesso anno 1809, pag. 244, e dagli autori qui sovra nominati.

Lagat conteneva un legato per essa fatto ai poveri di nove decaltri e 94 centesimi di segale *1; dalla Corte d'Appello sedente in questa città con un'altra sentenza del 7 novembre 1809 sul testamento della signora Cristina Bollettino, in cui il notaio, dopo la chiusa contenente la menzione della dettatura, dello scritturato e della lettura del testamento, e dopo le disposizioni addizionali dalla testatrice fatte, aveva bensì fatto risultare della lettura di queste da lui regolarmente data, ma non che esse fossero state scritte da lui notaio *2; dalla Corte d'Appello sedente in Aix, con una sentenza dell'8 marzo 1811 sul testamento di Giovanni Antonio Condelieu, nel quale, dopo la consueta chiusa contenente la menzione della lettura del testamento, il testatore ordinava ai suoi eredi universali di dare a cinque poveri a loro scelta un abito compito nell'anno del di lui decesso *3; e dalla prelodata Corte di Cassazione, sovra conclusioni conformi del signor Merlin Procuratore Generale, con un'altra sentenza *4 del 4 novembre di detto anno 1811, sul testamento di Nicolao-Giuseppe Brissy, in cui il notaio, dopo di avere fatta la chiusa contenente le tre prescritte menzioni, aveva aggiunta una disposizione, con cui il testatore derogava a qualunque sua precedente disposizione, senza però far menzione della lettura di questa aggiunta.

La Corte Suaprema considerava che « siffatta deroga diveniva « necessaria, attesochè il testamento che la conteneva non rac-
« chiudeva disposizioni incompatibili *5 con quelle dal testa-
« tore fatte nel precedente suo testamento. »

I compilatori del Dizionario Generale, dopo di avere, sulla controversia in ora discussa delle disposizioni addizionali, citate le summenzionate tre sentenze della Corte di Cassazione delli 19 aprile e 15 settembre 1809, e del 4 novembre 1811, fanno cenno ancora di tre altre sentenze della stessa Corte delli 30 aprile 1812, 12 novembre 1816, e 22 luglio 1829 colle quali siasi egualmente deciso che la nullità delle disposizioni addizio-

*1 Riferita dal Denevers cit. loc., pag. 380.

*2 Riferita nella raccolta dell' Accad. vol. 11, pag. 37.

*3 V. la Giuris. del Cod. Civ. vol. 17, pag. 126.

*4 Inserita nella raccolta del Sirey dell'anno 1812, parte prima, pag. 33, ed in quella del Denevers, dello stesso anno, pag. 32.

*5 V. l'articolo 1036 del cod. civ. francese, a cui è conforme il nostro articolo 912.

nali per difetto di forma, trae seco la nullità di tutto il testamento *1.

Con ragione dunque il signor Vazeille *2 riferisce in proposito quanto dice il signor Grenier, che vale a dire: « Ce point « de droit doit désormais être considéré comme constant. » Ma lo stesso autore soggiunge: « Nous osons cependant d'appeler le « changement de cette jurisprudence »: e seguendo in proposito l'opinione del signor Dalloz *3 egli fa a questo riguardo varie sensatissime osservazioni, e quindi soggiunge: « La loi « a seulement ordonné que le testament serait lu et qu'il se- « rait fait mention de la lecture; et ce n'est que par des in- « ductions qu'on fait sortir de cet ordre la nullité de toutes les « dispositions testamentaires, si quelque disposition tardive est « venue gauchement se poser à leur suite. Les nullités ne s'éta- « blissent pas de cette sorte; il faut qu'elle soient marquées « positivement en termes explicites. La raison et la justice (sog- « giunge il prelodato autore) n'admettent pas que la vaine ten- « tative de ces dispositions pour entrer dans le testament, pro- « duise l'expulsion de celles qu'il renferme et l'anéantissement « de l'acte. »

« Si dans le même acte la disposition nulle *en soi* *4 n'an- « nulle pas une autre disposition valable, quel motif pour qu'une « disposition nulle *dans sa forme*, pour être maladroitement « rangée sous d'autres dispositions valablement formées, fasse « perdre à celles-ci leur valeur? La volonté régulièrement ex- « primée sur un objet, doit elle être détruite par la volonté irrè- « gulièrement exprimée sur un objet différent? *Laissons* (così « conchiude il signor Vazeille) *les vieilles routines et revenons « à la raison.* »

Se io non approvo l'intelligenza che i commentatori prete- sero di dare, come ho qui sovra riferito, ai vocaboli *si quid* della legge 21, § 1, dig. *Qui test. facere possunt*, se grave, rispetto alla controversia ora trattata, si è l'autorità del giure-consulto Ulpiano nella citata legge, se più grave ancora si è l'autorità di una così costante giurisprudenza quale si è quella

*1 V.º Testament, num. 205.

*2 Tom. 2, art. 972, pag. 446, num. 22 in fine.

*3 Rép. Mét. cap. 6, sez. 4, art. 2, § 1; e art. 3, § 6.

*4 Come la nullità della sostituzione fedecommissaria, non trae seco la nullità della diretta istituzione (ved. l'art. 880).

da rispettabili Magistrati in proposito assentata, io convengo col lodato scrittore che la retta ragione, e quella filosofia legale che prevaler dee al rigore del diritto, ed alle antiche prevenzioni, altamente reclamano una giurisprudenza più conforme all'equità; ed allorquando la proposta quistione presenterassi alla decisione dei Magistrati nostri Supremi, il costante loro rispetto per le ultime volontà, e la tutelare sollecitudine con cui essi ognora le riguardarono, mi lasciano credere che ben dubbia presenterassi la decisione, anche a fronte dell'argomento che ci presenta il succitato articolo 880, tuttochè relativo ad un vizio *intrinseco* della disposizione testamentaria.

4.^a ed ultima quistione: Noi abbiamo veduto quì sovra che la Corte di Cassazione, decidendo, colla sentenza del 4 novembre 1811, che una disposizione addizionale nulla, e contenente la deroga di un precedente atto di ultima volontà, trae seco la nullità del testamento a cui essa venne aggiunta, si attenne al riflesso che siffatta disposizione *era necessaria* per operare la deroga premenzionata.

La Corte Suprema di Francia avrebbe dunque deciso altrimenti, se le disposizioni contenute nel secondo testamento essendo *contrarie od incompatibili* con quelle esistenti nel primo, *la tacita revoca di queste fosse divenuta legale*, in conformità del disposto nel citato articolo 1036 del Codice civile francese a cui è conforme il nostro articolo 912; e di fatti i Compilatori del Dizionario Generale *1, dopo di avere proposta la quistione se tale clausula rinvocatoria *irregolare e nulla* trarrebbe seco la nullità del testamento, quando essa fosse soverchia pel motivo quì sovra additato, soggiungono: « La négative professée par M. Merlin a été consacrée par deux arrêts motivés « sur l'inutilité même de la clause. Metz, 18 janvier 1813: cassation 20 novembre 1816. » Ma queste decisioni non sono esse fondate pure sul grande principio dettato dalla ragion naturale che *utile per inutile non vitiatur*?

Suppongasì che un testatore, dopo di avere, in un testamento regolare, istituito Tizio suo erede universale, gli venga in mente di sostituirgli Cajo con una disposizione involvente una vera sostituzione fedecommissaria; che il notaio, dopo di avere clausurato il testamento, e fatta menzione della lettura di esso, aggiunga la voluta disposizione senza più leggerla al

*1 Cit. loco, num. 208.

testatore in presenza dei testimoni, o quanto meno senza più far menzione di tale nuova lettura, il Magistrato dichiarerà egli in questo caso nullo il testamento che *racchiude l'istituzione diretta*? così decidendo egli contravverrebbe alla precisa disposizione del citato articolo 880, e la volontà esplicita del Legislatore dee al certo prevalere all'opinione di un giureconsulto romano ed alla giurisprudenza servile di essa.

Perchè dunque se in questo caso particolare, converrebbe modificare la giurisprudenza predetta, non sarà meglio che i Magistrati la riformino nel suo totale, quando simile riforma consentanea si presenta a quel gran principio dalla retta ragione e dal buon senso dettatoci, il quale non permette che venga annullato ciò che uno fece uniformandosi al disposto dalla legge, per ciò solo che egli, o per meglio dire l'uffiziale pubblico che gli prestò il suo ministero, non abbia fatto attenzione che, nello scrivere un'altra volontà di quell'individuo anche *lecita in se stessa*, egli non osservava a rigore *le solennità* dalla legge volute per la *prova legale* dell'aggiunta disposizione?

9.° Chiuderò i miei commenti sovra questo articolo, osservando potere a taluno sembrare fosse conveniente di aggiungere al vocabolo *lettura* (del testamento) in esso contenuto, le parole *e spiegazione*, imponendo così al notaio l'obbligo di spiegare al testatore, nel consueto dialetto volgare, quelle disposizioni che saranno da lui in questo dialetto state dichiarate, e che vennero redatte in lingua toscana da molti testatori ignorata.

Siffatta spiegazione è certamente utile, e talora necessaria a farsi tanto al testatore che ai testimoni, e l'obbligo di essa è uno di quelli che dalle leggi sul notariato debbono essere inculcati a' notai, per tutti gli atti pubblici che essi ricevono; ma l'adempimento di quest'obbligo non potendo in modo preciso definirsi, e dovendo di necessità dipendere dalle circostanze, sarebbe stato troppo pericoloso lo inserirlo nell'articolo tra le formalità che la legge prescrive a pena di nullità del testamento (la dichiarazione di volontà e la lettura) e che debbono essere determinate e costanti, restando altronde salva la sostanza dell'atto da che, dopo essere quello stato *diletto*, venne letto alla presenza di coloro che debbono accertarne il contenuto.

748. Il testamento debbe esserc sottoscritto dal testatore; se egli non sa, o non può sottoscrivere, si farà nell'atto menzione della causa, che gli impedisce di sottoscrivere.

In questo caso il testatore dovrà sottosegnare il testamento, e non potendo, si farà non solo menzione della causa, che lo impedisce, ma altresì della dichiarazione che dovrà farne il testatore.

1.° Il testamento, dice l'articolo, debbe essere *sottoscritto* dal testatore: arrestiamoci a queste prime espressioni dell'articolo, onde fissare il senso del vocabolo *sottoscritto*.

Sottoscrivere si è scrivere di propria mano il suo nome al piede di un atto, di una scrittura od altra carta, onde approvarne, autenticarne il contenuto, ed il vocabolo *nome* si prende qui nel senso complessivo così di quel nome *personale* all'individuo con cui egli viene distinto da altre persone dello stesso casato, chiamato anche presso di noi *prenome* (e per indicare il quale i cristiani impiegano il nome di un Santo), come quell'altro segno indicativo che dicesi anche *cognome*, e che propriamente denota il *casato* a cui la persona appartiene.

Quando perciò la legge vuole che un atto sia sottoscritto dalla persona che vi addivene, che un testamento sia sottoscritto dal testatore, essa vuol dire che questi vi aggiunga il suo nome ossia *cognome* o *casato*, ed il suo *prenome* o nome *patronimico*. Da queste premesse nacquero le varie quistioni che, nelle sottoscrizioni dei testamenti, ed in specie di quelli pubblici, ossia di nuncupazione implicita, furono trattate dagli autori e decise dai Magistrati francesi.

Dirò primieramente come, sulla validità o non del testamento del celebre prelado Giovanni Battista Massillon, vescovo di Clermont, insorgesse anticamente una grave quistione, perchè detto testamento fosse stato da quel testatore, secondo l'uso dei vescovi, firmato come segue † J. B. évêque de Clermont.

Impugnvasi questo testamento, perchè la firma di esso non contenesse il cognome o nome del casato del testatore, e non contenesse che le lettere iniziali del di lui prenome, ossia dei suoi nomi patronimici; e ciò in contravvenzione al disposto

dall' articolo 211 di una Ordinanza del 1629 detta di *Blois*, secondo cui i gentiluomini erano, a pena di nullità degli atti, obbligati di sottoscrivere col nome di famiglia o del casato, e non soltanto con quello del titolo signorile; ma questa ordinanza non essendo stata nè interinata, nè eseguita nella giurisdizione del Parlamento nel cui distretto o *ressort* agitavasi la causa, ed essendo risultato da più atti, non solo dell' esercizio dell' autorità vescovile, ma altresì famigliari, che monsignor Massillon *era solito di sottoscrivere* nella forma premenzionata, il sig. Grenier *1 ci dice che, dopo le rispettive arringhe durante più udienze, la Siniscalchia di Clermont con sentenza del 5 aprile 1745, conforme alle conclusioni del pubblico ministero, dichiarò valido quel testamento, e che, sull' appellazione interposta da detta sentenza, il fratello del prelado testatore appellante transigette nell' anno successivo mediante una pensione vitalizia.

Il lodato accuratissimo scrittore, premessa l' osservazione che difficilmente possano, intorno alla controversia sulla validità o non della sottoscrizione da un testatore apposta al suo testamento, darsi norme positive e generali, desume dalla precitata sentenza il principio doversi avere per regolare siffatta sottoscrizione, tuttavia che essa *venne eseguita con quei vocaboli coi quali il testatore era uso di sottoscrivere gli atti di una certa importanza a cui egli deveniva.*

Tale si è di fatto la giurisprudenza adottata dalla Corte di Cassazione con una sentenza citata dall' autore prelodato *2, del 24 marzo 1824, confermativa di una sentenza della Corte di Pau, con cui era stato dichiarato valido il testamento di Monsignor Gioan Giacomo Loison vescovo di Baiona da lui pure sottoscritto col segno della croce coi due *I*, lettere iniziali del suo prenome, e coi vocaboli *évêque de Baïonne*, senza il nome del suo casato.

La Corte di Pau nel pronunziare come sovra considerava in diritto « que le but unique du Législateur en prescrivant la « signature a été que la personne et les dispositions du testateur fussent certaines, » ed in fatto « que c'était par cette « signature (quella premenzionata) qu'il (le dit testateur) « était reconnu, et qu'il certifiât *habituellement* des actes ci-

*1 Tom. 1, pag. 242, num. 244.

*2 Riferita dal Sirry, tom. 24, pag. 245.

« vils, ainsi que ceux de son ministère, ainsi que cela résulte
 « de plusieurs actes authentiques mis au procès. »

E la Corte Suprema diceva che la sentenza denunziata, riconoscendo quanto sovra, e dichiarando perciò valido il testamento non aveva contravvenuto ad alcuna legge *1.

Il sig. Grenier pensa che le decisioni emanate sovra le sottoscrizioni dei vescovi dovrebbero applicarsi parimenti a quelle di qualunque altro particolare, militando in questi casi le ragioni stesse che determinarono la decisione della Corte di Pau.

Egli però, contro l'opinione del sig. Merlin, crede che, se un particolare, nel sottoscrivere il suo testamento, facesse uso, soltanto delle *lettere iniziali* del suo nome di casato, o de' suoi prenomi, non potrebbe dirsi quel testamento regolarmente sottoscritto, donde ne deriverebbe la nullità di esso *2; e ciò quand'anche fosse stabilito che quel tale avesse l'*abitudine* di così sottoscrivere i suoi atti più rilevanti; ma siccome il prelodato autore dà per ragione di questo suo sentire la facoltà che si avrebbe di apporre con semplici iniziali il nome ad un semplice *progetto* *3 di testamento olografo, siffatta ragione non militando presso di noi (giacchè il nostro Codice non riconosce i testamenti olografi), e mentre la sottoscrizione dei testamenti pubblici trovasi garantita da quelle del notaio e dei testimoni, i testamenti segreti prendono vita legale dalla loro presentazione al giudice od al notaio, io credo di dovere sovra questa controversia preferire l'opinione del dotto procuratore generale presso la Corte Suprema di Francia.

2.º Dopo di avere stabilito che il testamento pubblico dee essere sottoscritto dal testatore, passa il nostro articolo a prevedere il caso in cui egli non sappia o non possa sottoscriverlo; e qui si appresenta una essenziale differenza tra il contenuto in

*1 Riferita nella stessa raccolta tom. 22, part. 2, pag. 337; queste due sentenze sono anche rapportate dal sig. Merlin nel suo Repertorio alla parola *Signature*, § 3, art. 4, num. 2.

*2 Pronunziata così dagli articoli 973 e 1001 del codice civile francese, come dal presente e dall'articolo 802 del Codice nostro.

*3 L'autore parla soltanto di un *progetto* di testamento olografo, perchè l'inconveniente da lui rilevato non potrebbe riguardare siffatti testamenti, i quali, per essere validi, debbono, a mente dell'articolo 970 di quel Codice, essere non solo dettati e sottoscritti, ma anche *scritti per intero* dal testatore di propria mano.

detto presente articolo, e quanto dispone il corrispondente articolo 973 del codice civile di Francia, in cui sta scritto che, « s'il (le testateur) *déclare* qu'il ne sait ou ne peut signer il sera fait dans l'acte *mention expresse de sa déclaration*, « ainsi que de la cause qui l'empêche de signer. »

La legge francese non si appaga dunque che il notaio, quando il testamento non è sottoscritto dal testatore, si limiti a dire che ciò avvenga, perchè esso *o non sappia o non possa sottoscriverlo*; ma vuole di più che il testatore predetto faccia al notaio la sua dichiarazione di non sapere, o non potere, e che il notaio predetto faccia menzione espressa di siffatta dichiarazione, e parimente della causa che impedisce il testatore stesso di sottoscrivere.

Le RR. CC. imponevano soltanto a' notai che ricevevano testamenti od altri atti pubblici, l'obbligo di farli sottoscrivere dalle parti o dai testatori, e dai testimoni quando sapessero scrivere, e in difetto di farne menzione negli atti medesimi, ma non imponevano agli stessi notai, sotto pena di nullità dell'atto, veruna obbligazione di fare menzione della causale per cui gli stessi testatori o le parti non potessero sottoscrivere, e tanto meno di esigere e consegnare negli atti una espressa dichiarazione dei medesimi sulla inscienza o sulla impotenza *1.

Il presente articolo, nella prima parte di esso, prese una via di mezzo tra la nostra legge antica e la legge francese: non esige il legislatore che il testatore *dichiari* di non sapere o non poter sottoscrivere, ma si contenta che il notaio *accerti siffatta inscienza od impotenza*, ben persuaso che questo pubblico ufficiale non diverrà alla prescritta relativa menzione senza averne in proposito sentita la opportuna dichiarazione del testatore; ma se il testatore che *sa sottoscrivere non può farlo*, allora la nuova legge impone al notaio una obbligazione che non gli era imposta dalla precitata antica regia legge, quella di *far menzione della causa* che impedisce al testatore di sottoscrivere; non potrebbe perciò dirsi nullo un testamento perchè il notaio siasi limitato in esso a dire, che *non fu sottoscritto perchè il testatore non sapeva, o nol poteva per causa del tremolo della mano, o dell'infermità, od altra qualunque, senza accennare che il detto testatore abbia di tale inscienza od impotenza fatta a lui notaio la relativa dichiarazione.*

* RR. CC. lib. 5, tit. 22., cap. 1, § 9, e cap. 2, § 1.º

Tale si è la giurisprudenza assentata dal Senato di Piemonte nelle due sentenze, la prima a relazione del sig. senatore Costa del 1.º di settembre 1852 nella causa Caire contro Lepori, e la seconda a relazione dello stesso senatore del 29 di dicembre 1858 nella causa di Domenico Martino Baglione contro il pupillo Stefano Antonio suo fratello, citata la prima di dette decisioni, e riferita la seconda negli Aunali di Giurisprudenza *1.

La massima adottata in queste due decisioni riceve ancora tutta la sua applicazione ai testamenti fatti sotto l'impero del vegliante Codice civile, perchè la prima parte del nostro articolo non esige niente più che l'antica Regia legge, che l'inscienza o l'impotenza di sottoscrivere del testatore, e la causa di tale impotenza risultino piuttosto da una *dichiarazione* del testatore stesso, che dalla *menzione* loro che ne fa il notaio che riceve il testamento. A scanso anche di contestazioni, sarà tuttavia cosa prudenziale che i notai, che ricevono testamenti pubblici, mentre essi non possono per lo più sapere in modo positivo, se il testatore sappia e possa sottoscrivere il testamento senza averlo sovra di ciò interpellato, ed averne ricevuta da lui la *relativa dichiarazione, estensiva alla causale dell'impotenza*, di tale dichiarazione facciano risultare dall'espressa menzione fatta nel testamento.

3.º Non essendo molto ricevuto in Francia l'uso di far apporre da coloro che non sanno o non possono sottoscrivere un atto autentico, in surrogazione di siffatta sottoscrizione, *il segno della croce*, che il notaio certifica essere stato fatto dal testatore o da colui che fa parte nell'atto predetto, il già citato articolo 973 del codice civile francese non esige siffatto sottosegno, e considera la *dichiarazione* del testatore di non sapere o non potere sottoscrivere come suppletiva ed equipollente alla di lui sottoscrizione.

Siffatta dichiarazione non essendo stata prescritta dalla prima parte di questo articolo, come ho avvertito nella nota precedente, al difetto di sottoscrizione del testatore, conveniva supplire con qualche altro mezzo, qualche operazione materiale di esso, che fissasse la di lui attenzione all'atto importante che egli sta per compiere: e non vi era motivo per cui non si adottasse, qual modo di supplimento, quello adottato dall'uso presso di noi ricevuto del *sottosegno*. Vuole perciò la seconda

*1 Tom. 3, 1.º dell' anno 2.º pag. 53 e seguenti.

parte dell'articolo che, se il testatore non sa o non può sottoscrivere il testamento, egli debba *sottosegnarlo* col solito segno della croce; ma se nessuno vi ha che non sappia fare segno siffatto, può talora occorrere che il testatore per la gravezza del male *non possa neanche sottosegnare*: in questo caso, siccome la sottoscrizione od il suppletivo sottosegno del testatore sono quelle operazioni del medesimo che dopo scritto il testamento, e dopochè gliene venne data la lettura, assicurano all'occhio della legge e della giustizia che egli approva ciò che venne fatto, e siccome per tale guarentigia nulla può pretendersi da quel testatore, il quale non può nemmeno fare un segno di croce, ed il quale goda tuttavia di sufficienti facoltà intellettuali onde non interdargli il diritto di disporre per atto d'ultima volontà, in questo caso, non frequente al certo, il legislatore raddoppia la sua sollecitudine nel prescrivere quelle altre cautele che meglio condur possano al fine premenzionato; egli perciò non si contenta più, come nella prima parte dell'articolo, della dichiarazione del notaio che il testatore non ha potuto *sottosegnare*, ma esige che di tale impotenza *ne faccia dichiarazione il testatore medesimo*, che egli dichiari *la causa* che lo impedisce di *sottosegnare*, e che di questa doppia dichiarazione il notaio ne faccia menzione nell'atto del testamento; ed il rigoroso adempimento di queste formalità lo esige la legge a pena di nullità del testamento stesso, giacchè il presente articolo è compreso nel novero di quelli, le cui solennità vuole l'articolo 802 che siano osservate a pena della nullità premenzionata.

4.º Analizzato nelle due note precedenti lo spirito delle prescrizioni che questo articolo racchiude, e svolti i savii e giusti motivi che le dettarono, possiamo ad occuparci delle principali controversie che nella loro applicazione nascer possano, come esse insorsero sull'intelligenza del corrispondente articolo 973 del Codice civile francese.

Come il più volte citato articolo del Codice predetto, acciò sia valido il testamento senza la sottoscrizione del testatore, esige che *il testatore predetto dichiari* che non sa o non può *signer*, così la prima parte del nostro articolo vuole che *il notaio dichiari* che il testatore non sa o non può *sottoscrivere*.

Questi due vocaboli *signer* e *sottoscrivere* essendo fra di loro sinonimi, la dichiarazione che il testatore non sa o non può

scrivere, potrà essa ravvisarsi equipollente di quella che la legge prescrive che egli non sappia *signer* o *sottoscrivere*?

Il motivo di dubitare nasce dacchè, come è cosa notoria, molte persone che non sanno *scrivere*, hanno imparato a fare il loro nome ed il prenome, e sanno così benissimo *sottoscrivere* un atto qualunque; dal che se ne deduce la conseguenza che la dichiarazione o la menzione del non sapere scrivere non equivalga a quelle di non sapere *sottoscrivere*, distinzione questa stata riconosciuta dalla Corte di Cassazione con una sentenza del 14 agosto 1807, citata dal signor Toullier, ma pronunziata in altra materia, cioè rispetto ad un atto giudiziale *1.

La Corte d'Appello sedente in Douai, con una sentenza del 9 novembre 1809 *2, adottando siffatta distinzione dichiarava nullo un testamento in cui il notaio aveva detto: « Et a le te-
« stateur déclaré ne savoir *écrire* de ce sommé », ma le Corti d'Appello, di Liegi, con una sentenza del 24 novembre 1806, e di Bruxelles con altra del 15 marzo 1810 *3 consideravano la dichiarazione del testatore di non sapere *écrire* come equipollente di quella *de ne savoir signer*.

I signori Delvincourt *4, e Duranton *5 approvano in modo positivo la decisione profferta dalla Corte di Douai; ma i signori Toullier e Merlin *6 la disapprovano e respingono la distinzione sovra cui essa è fondata.

Osserva il primo di essi « que la déclaration de ne savoir
« *écrire* était dans l'esprit du testateur et du notaire synonyme
« de ne savoir *signer*, et ne pouvait signifier autre chose,
« puisqu'elle était la réponse à la sommation du notaire qui ne
« pouvait avoir fait au testateur d'autre interpellation que celle
« de signer et non celle d'*écrire* le testament. »

Il signor Merlin poi aggiunge che « cette manière d'entendre
« le mot *écrire* en pareils cas, est tellement dans la nature des
« choses que les anciens législateurs de la Belgique enjoignaient
« aux notaires d'interpeller les testateurs, non pas s'ils savaient

*1 Tom. 3, num. 437, pag. 131.

*2 Citata dal sig. Toullier cit. loco, e dalli signori Merlin, Grenier, Delvincourt e Vazelle, e riferita dal Denevers nel suppl. dell'anno 1819, pag. 10.

*3 Citata dal sig. Toullier e dagli altri autori.

*4 Tom. 2, pag. 304.

*5 Tom. 3, num. 95.

*6 Toullier, cit. loco.

« signer, mais s'ils savaient écrire. » E sebbene questo scrittore sia, nella materia delle formalità testamentarie, tutt'altro che partigiano delle *equipollenze*, egli crede che essa debba adottarsi rispetto alla sottoscrizione, quand'anche manchi l'interpellazione del notaio; e ciò per la ragione che « il n'est question pour le testateur que d'une signature, et que la pensée et le dire entre lui et le notaire ne peuvent se rap-
« porter qu'à la signature qu'il pourra ou ne pourra pas faire. »

Il signor Toullier il quale, come dissi qui sopra, concorda col signor Merlin, ravvisa nella seconda edizione della sua opera *1 qual corredo della sua opinione l'ultima giurisprudenza assentata dalla Corte Suprema di Francia intorno all'*equipollenza*, da me riferita nella nota quarta all'articolo precedente; ed egli cita l'aforismo 55 del Cancelliere Bacone, *De iustitia universali: non sunt peiores laquei, quam laquei legum*; ed il signor Vazeille *2 soggiunge « il faut adopter cette manière large de juger des choses. On aimerait à voir toujours
« M. Merlin renoncer à des discussions pointilleuses. »

Si possono d'altronde sovra questa controversia consultare le decisioni profferite dalla Corte di Cassazione il 16 luglio 1816 *3 ed il 20 dicembre 1850 *4 nelle quali la dichiarazione del testatore *de ne savoir*, ovvero *de ne pouvoir écrire*, venne ravvisata equipollente a quella di non sapere o non potere *signer*.

Se la quistione discussa venisse sottoposta alla decisione dei Magistrati nostri Supremi, se in un testamento posteriore all'osservanza del Codice civile, il notaio, a vece di dire che il testatore lo ha sottosegnato per non saper *sottoscrivere*, dicesse aver egli dichiarato di non sapere *scrivere*, io non dubito che essa verrebbe risolta nel senso dei signori Toullier e Merlin, e così non ostare alla validità del testamento l'impiego di quest'ultimo vocabolo a vece del primo contemplato nel nostro articolo.

Non vi è alcuno che ignori quanto presso di noi l'idea che una persona non sappia scrivere venga considerata sinonima dell'inscienza di fare i suoi nome e prenome, e ne fa prova il disposto dal citato § 9, lib. 5, tit. 22, cap. 1 delle RR. CC.

*1 Ivi, nota prima alla pag. 132.

*2 Cit. tom. 2, art. 975, pag. 456, num. 10.

*3 Sirey, tom. 17, parte prima, pag. 135.

*4 Citata dal Vazeille dict. loco, pag. 445.

che imponeva ai notai l'obbligo di far *sottoscrivere* agli atti che ricevevano, tanto le parti che i testimonii quando sapessero *scrivere*.

5.° Ma se il notaio che riceve un testamento pubblico dicesse che il testatore lo ha semplicemente *sottosegnato* per non *sapere egli scrivere* o *sottoscrivere*, ovvero anche perchè il testatore abbia dichiarato quanto sopra, e risulti da atti autentici di un'epoca assai prossima al testamento predetto che il detto testatore *sapeva sottoscrivere* ed usava anche di farlo, il testamento, sarebbe esso infetto di nullità?

Il signor Toullier non esita a risolvere siffatta quistione in senso affermativo *1 per la ragione che l'articolo 973 del Codice civile francese, posto in confronto coll'articolo 1001 dello stesso Codice (e così anche il presente articolo coll'articolo 802) esige imperiosamente, ed a pena di nullità che il testamento sia sottoscritto dal testatore se egli sa e può sottoscriverlo.

Il lodato autore osserva di più che il dichiarare in un atto di non *sapere scrivere*, quando siffatta dichiarazione è erronea, è lo stesso come dire di non *volere sottoscrivere*, ciò che prova non avere il testatore voluto fare un valido testamento, forse perchè in qualche modo astretto a farlo, giacchè egli non impresse sul medesimo quel carattere di libera volontà, conforme alle scritte disposizioni, di cui la legge non riconosce la prova che nella sua sottoscrizione.

Il signor Merlin *2 cita fino a sette decisioni degli antichi magistrati francesi che adottarono così savia e giusta massima, ed io non dubito che essa verrà seguita dai Magistrati nostri Supremi, come ce lo addita la sentenza profferita dal Senato di Piemonte referente Leardi il 5 febbrajo 1830 nella causa *utrinque Bezzo*, conforme a conclusioni dell'Uffizio del signor Avvocato Generale del 19 dicembre 1829, citate in quelle dello stesso Uffizio del 6 dicembre 1837 che precedettero la sentenza senatoria del 20 dicembre 1838 quì sopra citata, e riferite negli Annali di Giurisprudenza *3.

6.° Accade però alcuna volta che coloro i quali non hanno imparato che a *sottoscrivere*, ossia a fare il loro nome e prenome sopra gli atti che loro occorre di passare, per una lunga

*1 Tom. 3, pag. 152, num. 459.

*2 Quest. di diritto, v.° *Signature*, § 3, num. 2.

*3 Cit. vol. primo, anno 2.°, pag. 63 e nella nota.

manca di occasioni di ciò eseguire, *ne perdonò l'antica abitudine*; si è perciò che in principio della nota precedente, parlando del caso in cui il notaio dica che il testatore non sa scrivere, e che risulti del contrario da atti autentici, ho limitata la quistione ivi proposta a quegli atti i quali *siano di un'epoca assai prossima al controverso testamento*; siffatta limitazione io apposi perchè, se l'abitudine di sottoscrivere fosse di *antica data*, e risultasse per contro avere il testatore soltanto sottoscritti atti più recenti, la retta ragione ci insegna che egli, nel dichiarare nel testamento al notaio, o questi nel dire che esso non sappia sottoscrivere, non commetterebbero una erroneità, ed in questo caso tutti gli autori convengono *1 che il difetto di sottoscrizione non nuocerebbe alla validità del testamento.

Perchè sia nullo un testamento per falsa dichiarazione che il testatore non sa sottoscrivere, si esige dunque la prova della di lui *abitudine* di ciò fare, e che questa abitudine sia *assai recente* all'epoca del fatto testamento; si è perciò che le Corti superiori di Francia dichiarano validi i testamenti in cui il testatore specifici di non sapere sottoscrivere, tuttochè risulti che egli abbia sottoscritti alcuni atti, quando si abbia ad un tempo la prova che « egli era in uso, ora di sottoscrivere, ora « di sottosegnarsi agli atti pubblici, e principalmente quando il « testatore non sapeva fare che una sottoscrizione grossolana ed « imperfetta », come essersi deciso dalla Corte di Cassazione in una sentenza del 5 maggio 1831, e dalle Corti di Montpellier e di Bordeaux, ci viene riferito nel Diario forense *2.

7.° Può succedere che, dopo esteso il testamento, mentre il notaio stava per farlo sottoscrivere dal testatore e fare menzione di siffatta sottoscrizione, sovraggiunga a questo un tremore che glielo impedisca: se il notaio, ciò accadendo, si limitasse a consegnare nel testamento che il tremore avvenuto al testatore predetto *ha sospesa* la sua sottoscrizione, potrebbe dirsi che, con siffatta menzione, egli avesse sufficientemente spiegata la di lui impotenza di sottoscrivere o sottosegnare come lo esige la legge, onde valido ravvisar si dovesse il testamento?

*1 Merlin, *Quest. de droit*, v.° *Signature*, § 3; Toullier, tom. 3, pag. 133, n. 440; Delvincourt, tom. 2, pag. 345; Duranton, tom. 5, num. 99.

*2 Tom. 34, pag. 108.

I signori Compilatori degli Annali di Giurisprudenza *1 fanno cenno di una sentenza del Senato di Piemonte del 6 settembre 1828 con cui il Supremo Magistrato ravvisava nullo un testamento in cui il notaio siasi espresso nei termini premenzionati.

8.º Accade parimente alcuna volta che, dopo compiuta la redazione del testamento, dopo fattane la lettura al testatore alla presenza dei testimoni, e dopo estesa la menzione di quanto sovra, ed anche della sottoscrizione apposta (ossia che sta per apporsi) da quest'ultimo e dai testimoni, il testatore predetto venga a spirare.

Se il notaio facesse di quanto sovra risultare nell'atto da lui ricevuto, il quale venisse quindi da esso e dai testimoni sottoscritto, il testamento non sarebbe per ciò valido giacchè come osservano i signori Merlin *2, Toullier *3, Favard *4 e Duranton *5, e come decideva il Parlamento di Parigi in una sentenza del 1634 *6, la sola sottoscrizione (od il sottosegno) del testatore compie l'atto di ultima volontà, e lo rende perfetto.

Altro però sarebbe se, dopo di avere il notaio detto, come sovra che il testatore ha sottoscritto, egli facesse risultare dal testamento che, avendo il medesimo impreso di sottoscrivere (e presso di noi anche di sottosegnare quell'atto) non ha potuto farlo, come lo stesso testatore dichiarò al notaio, in presenza dei testimoni; e ciò attesa la sua debolezza od altro impedimento.

Il sullodato signor Toullier, appoggiato anche alla dottrina dei signori Merlin, Favard e Duranton, ci insegna che, in questo caso, sarebbe valido il testamento, ciò che mi sembra non ammettere dubbio per la ragione che la menzione avere il testatore sottoscritto il testamento, sebbene concepita nel tempo passato, precedendo la di lui sottoscrizione, nulla osti che, verificandosi al momento della di lei effettuazione l'impedimento

*1 Nel cit. tom. primo dell'anno 2.º pag. 39 in fine. La precitata decisione vedesi accennata nei motivi dell'ivi riferita sentenza del Tribunale d'Ivrea del 26 settembre 1836, i quali vennero adottati in quella, conformativa di essa, dal Senato del Piemonte del 29 dicembre 1838, riferita alla pag. 64.

*2 Repert. v.º *Signature*, § 3.

*3 Tom. 3, pag. 132, num. 444.

*4 Rep. v. *Testament*, sez. prima, § 3, art. 2.

*5 Tom. 3, num. 99.

*6 Riferita dal sig. Vazeille vol. 2, art. 975, pag. 457, num. 12.

che vi fa ostacolo, si supplisca alla medesima nel modo dalla legge stabilito; e di fatto la Corte di Cassazione sedente in Parigi, con una sentenza del 21 luglio 1806 *1 rigettava la domanda in cassazione di una sentenza della Corte di Parigi, con cui era stato dichiarato valido un testamento contenente le due menzioni precitate.

Considerava la Corte Suprema di Francia « Qu'il est naturel « que, lorsque les testateurs et témoins annoncent vouloir signer « le testament, le notaire déclare qu'ils ont signé, quoique les « signatures ne suivent pas cette déclaration. Que si le testateur déclare ensuite que sa maladie et sa faiblesse l'empêchent de signer, le notaire peut et doit le dire dans l'acte, « et il n'existe en cela aucune espèce de contradiction. »

9.° Nella nota quinta all' articolo precedente ho riferita una sentenza della Corte di Cassazione del 26 luglio 1808 con cui essa, considerando che l'articolo 972 del Codice civile non conteneva alcuna disposizione da cui si potesse indurre che la menzione (dello scritturato del testamento di cui si trattava in quella causa) dovesse essere inserita in una piuttosto che in altra parte del testamento, rigettava la domanda in cassazione di una sentenza della Corte di Caen, la quale aveva dichiarato valido il testamento della damigella Hamelin, in cui la menzione essere il medesimo stato scritto dal notaio, era fatta, non in fine dell'atto, e dopo estese le di lei disposizioni, ma in principio e dopo la menzione della dettatura.

La controversia intorno al luogo del testamento ove le menzioni dalla legge volute debbano inserirsi nel testamento, può presentarsi più grave quando trattisi di quella della sottoscrizione del testatore, e soprattutto della di lui dichiarazione di non sapere o non potere soscrivere, e di quella subordinata di non potere anche sottosegnare, dal nostro articolo prescritta, coll' espressione della causale dell' impedimento.

Sembra in vero incongruo che il notaio, quando egli non ha ancora redatte le ultime volontà del testatore, e tanto meno dategliene lettura, e così dopo di avere detto avergli questa dichiarata la sua volontà, ed averla esso notaio ridotta in iscritti, passi a far menzione che il testatore predetto non può sottoscri-

*1 Riferita dal Denevers nella sua raccolta dell' anno 1806, pag. 458 e nella Giurisp. del Cod. civile vol. 7, pag. 150, e citata dal sig. Grenier, tom. 1, pag. 238, num. 242, col. seconda.

vere o non lo sa, ed, in quest' ultimo caso, che esso gli abbia dichiarato ch  non sa o non pu  nemmeno sottosegnare, e la causa che lo impedisce, cose tutte che hanno la loro sede naturale nella chiusa del testamento, e dopo la lettura fattane al testatore in presenza dei testimonii, giusta anche la costante pratica de' notai; ma siccome altra cosa   la regolare tessitura di un atto, ed altro il necessario stanziamento di una di lui clausula in un luogo piuttosto di esso che in un altro, a pena di nullit  dell'atto medesimo, si dimand  in Francia se fosse o non nullo un testamento per ci  solo che il notaio, prima di darne lettura al testatore avesse fatta la menzione della dichiarazione di questo di non sapere o non potere sottoscriverlo.

La Corte d'Appello di Douai nella sentenza del 9 novembre 1809, da me citata nella nota terza qui sopra *1, dichiarando nullo il testamento del signor Wallez, perch  il notaio, a vece di dire che il testatore avesse dichiarato *de ne savoir signer*, fossesi limitato a menzionare una di lui dichiarazione *de ne savoir  crire*, aggiungeva il riflesso che in quel testamento la menzione premenzionata fosse ancora susseguita da quella che il testamento era stato scritto dal notaio tal quale eragli stato dettato, che l'articolo 14 della legge sul notariato volesse, ed a pena di nullit  dell'atto, giusta il disposto dall'articolo 68, che siffatta menzione fosse inserta *in fine dell'atto medesimo*.

Il signor Vazeille *2, discutendo la sovra proposta controversia, rileva che il signor Grenier al numero 243 del volume primo della sua opera « d cide que la mention de la signature « ne peut être placée valablement qu'  la fin de l'acte », che questo autore cita la succitata sentenza della Corte di Douai, fondata sulla legge precitata dell'anno XI, e che egli non fa attenzione che quella sentenza venne annullata dalla Corte di Cassazione con altra del 18 agosto 1817 *3 sul riflesso che « l'art. 973 n'indiquant pas dans quelle partie de l'acte la mention doit être  crite, il en résulte que le notaire peut la placer o  il juge   propos; que la disposition de cet article est

*1 E riferita dal Denevers nella sua raccolta volume dell' anno 1810, pag. 10 del supplemento.

*2 Tom. 2, art. 973, pag. 457, num. 13.

*3 Riferita nella raccolta del sig. Denevers di detto anno 1817, tom. 1, pag. 535, ed in quella del sig. Sirey dello stesso anno, parte prima, pag. 385.

« la seule loi à consulter, puisqu'elle dispose d'une manière
« spéciale, sur la mention dont il s'agit; qu'ainsi en la déclara-
« rant nulle sous le prétexte qu'elle était irrégulièrement placée,
« la Cour de Douai a violé l'article 973 du code, et fausse-
« ment appliqué l'article 14 de la loi du 25 ventôse an XI,
« lequel est étranger à l'espèce. »

Il signor Toullier *1 ci addita che la stessa massima di giurisprudenza venne adottata dalla Corte di Cassazione con un'altra sentenza del 10 marzo 1824, riferita, in un con varie altre di Corti d'Appello, dal signor Dalloz nella sua raccolta, tom. X, pagina 453.

I motivi di quelle decisioni sono perfettamente applicabili al nostro Codice, di cui l'articolo ora commentato non dice niente più che il corrispondente articolo 973 del Codice civile francese, in qual parte del testamento debba inserirsi la menzione con esso prescritta, ma unicamente che essa si farà *nell'atto* (del testamento); e ciò in conformità di quanto, per siffatta menzione, rispetto agli atti notarili in generale, era stabilito nel § 9, lib. 5, tit. 22, cap. 1, e quanto ai testamenti nel § primo del successivo cap. 2 delle RR. CC.

10. Nelle note precedenti ho tratteggiato della menzione che i notai che ricevono un testamento, deggiono fare in esso delle dichiarazioni relative alla *non seguita sottoscrizione* o *sottosegno di quell'atto*.

Gli autori francesi osservano che l'articolo 973 di quel codice non esige che il *notaio faccia menzione che il testamento fu sottoscritto dal testatore e dai testimoni*; essi passano quindi ad occuparsi di varie controversie relative a siffatta menzione, ma unicamente perchè essa era prescritta dal più volte citato articolo 14 della legge sul notariato.

La *menzione della seguita sottoscrizione* del testamento non essendo neppure dal nostro Codice prescritta, nè rispetto a quella del testatore in questo articolo, nè quanto al notaio ed ai testimoni nell'articolo seguente, mentre inutile riescirebbe ai miei lettori la notizia delle decisioni che siano emanate sull'intelligenza ed applicazione di una legge straniera, nel costante sistema da me adottato di non occuparmi delle leggi, anche patrie, estranee al nostro Codice Civile, quand'anche sancite sovra le materie che ne formano l'oggetto, io prescindo dall'

*1 Cit. tom. 3, num. 434, pag. 129, col. 2.

occuparmi di siffatte cose, anche in relazione alle nostre leggi sul notariato; e ciò anche perchè la massima parte delle disposizioni di queste leggi che stabiliscono le obbligazioni dei notai negli atti pubblici per essi ricevuti, non pronunziando per le relative contravvenzioni che delle pene o multe contro quei pubblici ufficiali, la notizia loro non presenta che un indiretto ed occasionale interesse per le persone addette all'esercizio della legale professione, e perchè di siffatte materie si è ampiamente trattato nelle opere recentemente pubblicate sul notariato.

749. Il testamento dovrà essere sottoscritto dal notaio: dovrà pure essere sottoscritto dai testimoni, o da due almeno di questi, ed essere sottosegnato dagli altri.

1.º Nello stesso modo con cui la sottoscrizione del testatore al testamento pubblico si è quella che, agli occhi del Legislatore, garantisce la veracità delle cose che quell'atto racchiude, riflettenti il testatore predetto, la sottoscrizione dei testimoni all'atto medesimo ne assicura la presenza a tutte le operazioni che si dicono eseguite al loro cospetto ed à piena intelligenza di essi, compiendone la testimonianza scritta e legale, mentre la sottoscrizione del notaio, equivalendo ad una testimonianza di più, imprime all'atto quella autenticità che ha fondamento in quella fede pubblica di cui sono onorate le persone ammesse all'esercizio di un così importante ministero; quindi è che la legge sul notariato di tutte le colte nazioni per la regolarità degli atti ricevuti da' notai, e per la loro autenticità, esigettero che essi vengano sia da questi, come dai testimoni sottoscritti, ed anche imposero talora agli stessi notai l'obbligo di fare di siffatte sottoscrizioni l'opportuna menzione negli atti stessi; ma la sottoscrizione così del testatore, quando egli sa e può eseguirla, come dei testimoni e del notaio al testamento, è un *fatto permanente* ed ognora verificabile sulla minuta di quell'atto; quando per contro la dichiarazione della sua volontà che fa il testatore al notaio in presenza dei testimoni, l'altra sua dichiarazione di non sapere o non potere sottoscrivere o sottosegnare l'atto, e la lettura di detto testamento al prenominate testatore in presenza degli stessi testimoni, sono *fatti suggestivi*, della cui esecuzione non potrebbesi avere che una prova vocale tuttora pericolosa quando trattasi di giustifi-

care l'adempimento di formalità così necessarie a guarentire da ogni sorpresa e supposizione testamentarie disposizioni; ed ecco il perchè il precedente articolo esige a pena di nullità che il notaio faccia nel testamento espressa menzione delle *dichiarazioni* e della *lettura* premenzionate, e nè il detto precedente art., nè l'articolo presente non impongono al predetto notaio un' obbligatione di fare nell'atto una *menzione* della sua sottoscrizione e di quella dei testimoni, e nè anco di quella del testatore, allorchè essa ha luogo, la cui omissione tragga seco la nullità dell'atto medesimo.

2.º Ho detto nella nota prima all' articolo 745 come, e per quale motivo le leggi romane esigessero per la validità dei testamenti detti di nuncupazione esplicita, che il Codice nostro chiama testamenti *pubblici*, la presenza di sette testimoni, e come introdottasi presso di noi la necessità della redazione in iscritto di detti testamenti, sia stata mantenuta in vigore la legislazione romana sul numero dei testimoni che debbano essere presenti ai summenzionati atti di ultima volontà; ma se l'esecuzione di queste leggi facile riescir poteva nelle città e loro sobborghi, e nei luoghi, e comuni composti di un certo tal qual numero di abitanti, essa riesciva più difficile, e talora impraticabile *nelle campagne* e nei testamenti dei villici in esse commoranti, allora soprattutto che la sottoscrizione dei testimoni ai testamenti era necessaria alla loro validità: si è perciò che l'Imperatore Giustiniano, nella legge ultima cod. *De testam. et quemad. testam. ordinentur*, inseguendo anche una antica introdottasi consuetudine, concedeva a siffatti testamenti alcune facilità, sia intorno al numero dei testimoni, sia rispetto alle loro sottoscrizioni, *in illis locis ubi non inveniuntur litterati septem testes*; ciò che diede luogo ad annoverare il testamento *ruri conditum* fra quelli privilegiati e meno solenni.

Non è oggetto della mia opera lo indagare quali requisiti fossero o non necessari, secondo il diritto romano, acciò certi testamenti godessero del privilegio dal prelodato imperatore concesso, e sino a qual punto siffatto diritto avesse ancora forza di legge prima della nuova legislazione.

Quanto io dissi, basterà ai miei lettori per far loro conoscere il motivo per cui il Codice civile francese, dopo di avere, nell' articolo 971, stabilito che il testamento pubblico è quello che è ricevuto da *due notai* in presenza di *due testimoni*, o da

un notaio in presenza di quattro testimonii, dopo di avere, nell'articolo 974, prescritto che il testamento dovesse essere sottoscritto dai testimonii, e così che per esso dovessero impiegarsi testimonii capaci di soscrivere, e come si dice *lettrés*, faceva una eccezione a questa regola nei termini seguenti: « Et néanmoins, dans les campagnes, il suffira qu'un des deux témoins signe, si le testament est reçu par deux notaires et que deux des quatre témoins signent s'il est reçu par un notaire. »

Il nostro articolo, aggiunta la necessità della sottoscrizione del notaio al testamento, quanto a quella dei testimonii, mantiene bensì il disposto dalla legge francese, col volere parimenti che essi debbano sottoscrivere l'atto premenzionato, ma differenzia essenzialmente da quella del precitato articolo 974 del codice francese, giacchè la facoltà concessa dalle due legislazioni di impiegare, nei testamenti pubblici ricevuti da un notaio, due testimonii che non sappiano soscrivere, e come si dice *illettrés*, fra i quattro che debbono intervenirvi, nel nostro articolo non è limitata in ragione del luogo ove il testamento è ricevuto, quando il Codice francese non la concedeva che pei testamenti ricevuti nelle campagne; esaminiamo quale sia stato il motivo di questo essenziale divario.

Non vi è dubbio che il motivo principale per cui, rispetto ai testamenti ricevuti nei luoghi che chiamar si possano campagne non si esigette che tutti i testimonii fossero capaci di sottoscrivere, fu la difficoltà additataci dall'Imperatore Giustiniano nella citata legge, di ivi rinvenirne il prescritto numero di sette aventi tutti la voluta capacità di soscrivere tali atti; ma a questo motivo un altro se ne aggiunge, desunto dal riflesso che i testimonii illetterati siano per lo più persone rozze ed incapaci di comprendere ciò che nel testamento siasi fatto, ed il cui intervento perciò meno contribuisca ad assicurare la verità di un atto così importante.

Il primo di questi motivi, modificando per legge di necessità l'applicazione del secondo, suggeriva naturalmente quella distinzione di luoghi che venne dalle leggi romane adottata, e seguita dai francesi legislatori *1; ma ben tosto apparvero le difficoltà che nella esecuzione del privilegio concesso ai testa-

*1 Meno però quella della qualità del testatore in cui le leggi romane esigevano inoltre la qualità del villico, acciò il testamento godesse del privilegio dell'intervento in esso, quali testimonii, di persone illetterate.

menti fatti nelle *campagne* si riproducevano in Francia dopo la pubblicazione del Codice Civile, come esse presentavansi, nei paesi retti dal diritto romano, per definire quali fossero i testamenti che dovessero dirsi *ruri condita*.

Per togliere siffatte difficoltà l'articolo 45 della celebre Ordinanza del 1735 sui testamenti e sulle donazioni, mantenendo il numero di sette testimonii nelle provincie *de droit écrit*, e quello di quattro determinato dalle antiche consuetudini, nelle provincie che si reggevano a siffatte leggi municipali, aveva stabilito che tutti i predetti testimonii dovessero sottoscrivere il testamento *dans les villes et dans les bourgs fermés*.

Siffatta distinzione non essendo più appropriata alle circostanze di località in cui trovavasi la Francia al principio di questo secolo, i compilatori del codice francese credettero di adottarne lo spirito, eccettuando dalla necessità stabilita nell'articolo 974 di esso della ivi prescritta sottoscrizione ai testamenti di tutti quattro i testimonii, quelli ricevuti *nelle campagne*.

Il Tribunato, nelle sue osservazioni sul precitato articolo, aveva rilevato quanto *vaga presentassesi allo spirito siffatta espressione*, e quanto essa lasciasse di arbitrio al Giudice in una materia così importante: egli aveva proposto che a quei vocaboli fossero sostituiti quelli dicenti: *dans les communes au-dessous de mille âmes*: ma questa sostituzione non venne adottata.

Ed in vero per convincersi quanto incerta fosse la giurisprudenza interpretativa di quella disposizione del Codice civile francese, basta il gettare gli occhi sulle decisioni della Corte d'Appello sedente in questa città del 25 maggio 1810, della Corte di Douai del 1.º giugno 1812, di quelle di Bordeaux del 7 marzo 1827, e del 29 aprile 1829, e della Corte di Grenoble del 22 marzo 1832, riferite dal Vazeille *1, ed il ritenere che la Corte di Cassazione stessa pronunziando sulla dimanda in cassazione della succitata sentenza della Corte di Douai, non prendeva sopra di sé il fissare, con regola generale, il senso di detti vocaboli *dans les campagnes*, limitandosi a rigettare la predetta dimanda perchè « *en appréciant plusieurs circonstances l'arrêt* » en a inféré que la dénomination de campagne était applicable à la Commune de Commaquiers » qualificata *petite ville* « *du Poitou* nel Dizionario Geografico del Vosgien *2.

*1 Tom. 2, art. 974, num. 5.

*2 Sentenza 10 giugno 1817, riferita dallo stesso autore *dicto loco*.

Onde ovviare a siffatti inconvenienti delle leggi romane e francesi poteva presentare un qualche ripiego lo esigere un maggior numero di testimonii, per esempio quello di cinque, quando nemmeno due dei quattro richiesti sapessero sottoscrivere; ma insorgeva ben tosto il riflesso che lo aggiungere un testimonio di più al numero prescritto di quattro, nel caso che non tutti sappiano scrivere, non presenti una guarentigia sufficiente della verità dell'atto che in tal guisa verrebbe a compiersi in presenza di persone, come ho sovra rilevato, per la maggior parte rozze ed incapaci di comprendere ciò che in esso si sia fatto.

Un altro ripiego all'oggetto di determinare con regola più fissa quali fossero i luoghi in cui potessero impiegarsi nei testamenti, per testimonii, persone illetterate, lo presentava l'idea di denegare siffatta facoltà *alle città e capi-luoghi di mandamento*, ovvero il concederla soltanto pei testamenti ricevuti *nelle campagne* propriamente dette, e ne' *villaggi*, *la cui popolazione non sia maggiore delle ottocento alle mille anime*; ma anche contro siffatti progetti insorgeva il riflesso delle incertezze o difficoltà che si sarebbero incontrate nella esatta applicazione della legge, e nelle circostanze particolari di certi luoghi, che ne avrebbero fatto sembrare meno giusta la disposizione, poichè, anche nei capi-luoghi di mandamento, le condizioni degli abitanti possono variare moltissimo dall'uno all'altro, e nel giro dello stesso territorio esistervi siti che meriterebbero una eccezione.

Fra gli inconvenienti che presentar possono le leggi dirette a regolare i diritti dei sudditi fra di essi, derivanti dalle loro convenzioni, obbligazioni e *disposizioni*, e le formalità da osservarsi in queste ultime, onde assicurarne la verità, uno dei principali, giova il ripeterlo, è quello dell'uso nelle leggi stesse di vocaboli che non presentino un'idea ben determinata e positiva, e che diano origine alle dissensioni e litigii, od il volere stabilire regole generali in ciò che dipende da una molteplicità di svariate circostanze e località, e le migliori fra le predette leggi sono sempre quelle che meglio antiveggano siffatti inconvenienti.

Ben savio divisamento fu perciò quello del Sovrano Legislatore nostro di rendere il numero dei testimonii *letterati* da impiegarsi nei testamenti pubblici, indipendente dalle premenzionate circostanze di località, ed il troncamento con tale mezzo le tante controversie a cui avrebbe dato luogo un diverso sistema, essendo ben difficile (per non dire impossibile)

che in qualunque piccolo villaggio o borgata, ed anche nelle campagne, non si rinvengano quanto meno due persone capaci di sottoscrivere un atto a cui esse prestino testimonianza.

3.° L'articolo 45 dell'Ordinanza del 1755, citata nella nota precedente, voleva che, non solo rispetto al testatore, ma altresì in riguardo ai testimonii *1 dovesse farsi menzione della loro dichiarazione di non sapere sottoscrivere e della causa di tale inscienza.

Il Presidente Malleville, nelle sue osservazioni sull'articolo 974 del Codice civile francese, riferita la disposizione predetta di quell'antica legge, dice che i notai debbano spiegare il motivo per cui alcuni testimonii non sottoscrivano il testamento « sans quoi » (soggiunge egli) *on pourrait attaquer le testament de nullité « comme n'étant pas parfait par le défaut de signature de tous « ceux qui devaient y coopérer. »*

Il signor Toullier *2 parlando dei testimonii che non sottoscrivono i testamenti nelle campagne ricevuti, si limita a dire che la prudenza esige si faccia menzione della loro dichiarazione di non sapere o non potere sottoscrivere e della causa che loro impedisce il farlo; i notai che ricevono testamenti pubblici non mancheranno al certo di uniformarsi a questo suggerimento, e seguendo anche la pratica ricevuta, non ometteranno, allorchè intervengano nei detti testamenti per essi ricevuti, testimonii che non sappiano o non possano sottoscrivere, di far menzione della relativa loro dichiarazione, e della causa dell'impedimento, come altresì di notare a quali di detti testimonii appartiene il segno apposto, e che esso venne fatto di loro mano; ma io sono ben lungi dal credere che il difetto di tale menzione possa trar seco la nullità dei testamenti, nè anche dare il menomo plausibile motivo per impugnarli.

Il legislatore determinò in questo e nei quattro precedenti articoli quali siano le formalità che egli esige nei testamenti pubblici (a pena di nullità per quelle stabilite nell'articolo 745, nel detto presente articolo, e nei due che lo precedono) e non è lecito aggiungerne altre sotto la pena premenzionata: io non revoco d'altronde in dubbio essersi esaminato il punto se la fu-

*1 Cioè a quelli ricevuti *dans les villes et bourgs fermés*, nei quali solamente era permesso di far concorrere i testimonii illetterati, come narra nella nota precedente.

*2 Cit. vol. 3, pag. 135, num. 445.

coltà di sottosegnare dovesse venire ristretta ai testimonii che dichiarino di non sapere sottoscrivere, e se il notaio dovesse certificare l'apposizione del segno eseguita da quei testimonii che omettano siffatta sottoscrizione; ma si sarà considerato in proposito che la dichiarazione dei testimonii di non sapere scrivere potrebbe dare soggetto a contestazione sul punto se essi il sapessero realmente o non, contestazione che si vede evitata nel modo in cui sono concepite le relative disposizioni del codice francese, e che bastasse al fine della legge la sottoscrizione di una parte dei testimonii ed il segno apposto dagli altri alla presenza dei primi, apposizione che, in tali circostanze, somministrasse una certezza bastante, senza esigere una speciale dichiarazione riguardo all'operazione fatta da ciascheduno di detti testimonii.

4.° Prima di passare alla disamina delle prescrizioni del nostro Codice che concernono il testamento segreto, io debbo ancora occuparmi di una rilevante quistione che, intorno al testamento pubblico, può insorgere dal confronto delle sole disposizioni che lo riflettono con quella contenuta nell'ultimo alinea dell'articolo 751, e colle infra citate leggi romane presso di noi ricevute sino alla pubblicazione del Codice predetto.

Qualunque sia stato il motivo per cui i romani legislatori vollero che i testamenti fossero fatti *uno contextu* *1, egli è niente meno certo che questa formalità delle leggi di quella nazione era prescritta così pei testamenti di nuncupazione esplicita che il nostro Codice chiama testamenti *pubblici*, come per quelli di nuncupazione implicita in oggi detti testamenti segreti *2; e l'adempimento di questa formalità era di tanto

*1 Alcuni autori attribuirono, e non senza ragione, questa formalità dei testamenti all'antico uso di farli nanti il popolo romano radunato nei comizi, le cui operazioni, qualora fossero interrotte o rese imperfette, non contavano, e dovevano essere ricominciate nel susseguente comizio.

*2 V. la legge 28 Cod. *De testam.* 21, § 3 *Qui testam., facere possunt*, ed il § ultimo delle Istituzioni al titolo *De testamentis*.

Egli è però osservabile che, nella prima di dette leggi relativa al testamento alla forma mistica, l'Imperatore Giustiniano faceva consistere la confezione del testamento *uno contextu*, non soltanto in ciò che *nullo actu extraneo interveniente*, ma altresì che *uno tempore eodemque die conficiatur*, motivo per cui egli, nella stessa legge prevedeva i casi di momentanea sospensione di esso, e che il giureconsulto Ulpiano, nella pur citata legge 21, § 3, così

rigore ravvisato dall'Imperatore Giustiniano, che egli credette necessario di statuire nella citata legge 28 del suo Codice al tit. *De testamentis*, che gli impedimenti *passeggeri* avvenuti al testatore od ai testimonii, i quali *sospendano* per poco tempo la confezione del testamento, non fossero causa sufficiente per cui esso dovesse ravvisarsi nullo.

Queste regole del diritto romano furono sempre presso di noi, come la massima parte di quelle leggi, osservate come un mezzo di tutelare in modo più sicuro la manifestazione della vera volontà dei testatori; e ne fa fede fra le altre la decisione proferta dal Senato di Piemonte colla sentenza del 28 agosto 1784, referente D. Bergera nella causa Sardi contro Sardi *1 colla quale venne dichiarato nullo il testamento del Giacomo Sardi con cui esso, dopo le istituzioni da lui fatte, per assicurarne (diceva egli) l'esecuzione, ed evitare controversie fra i suoi posterì, *vendeva a Giuseppe Tinto tutti i beni in detto testamento descritti.*

In Francia poi ove molte provincie o giurisdizioni parlamentari, reggevasi giusta le consuetudini locali, come ho più volte osservato, e le leggi romane non vi erano ricevute, l'Ordinanza del 1735 sulle donazioni e sui testamenti, prescriveva bensì negli articoli 5 e 9, relativi ai testamenti di nuncupazione implicita ed esplicita fatti nei paesi retti dal diritto romano, che « tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à d'autres actes » ma siffatta disposizione non rinnovava nell'articolo 25, in cui statuiva le formalità da osservarsi nei testamenti ricevuti nelle provincie consuetudinarie (*pays de coutumes*).

I Compilatori del Codice civile francese *2, nello stabilire, colle prescrizioni sancite negli articoli 971, 972, 973 e 974, le formalità da osservarsi nei testamenti *pubblici*, non rinnovarono la regola premenzionata del diritto romano, e della precitata ordinanza, che cioè essi dovessero farsi *uno contextu*, e sol-

spiegava i vocaboli *uno contextu*: « Est autem uno contextu nullum actum alienum testamento intermiscere, quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitatur. »

*1 Riferita nella Pratica Legale, part. 2^a, tom. 4 dell'edizione antica pag. 357.

*2 Con cui venne sancita una legislazione universale e conforme in tutta la Francia, e furono abrogate quelle antiche consuetudini che ne regolavano molte provincie.

tanto nell'articolo 976 concernente il testamento mistico o segreto, statuivano, che: *tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir d'autres actes*; senza che dalle discussioni di quel Codice appaia del motivo per cui questa regola sia stata mantenuta rispetto ai predetti testamenti alla forma mistica, e non sia stata richiamata pei testamenti *pubblici*; ciò dà luogo al signor Grenier *1 di esaminare la controversia se siffatti testamenti potrebbero essere impugnati come nulli, per ciò solo che essi non siano fatti di seguito, e senza deviare ad altri atti, quistione di cui egli si occupa in relazione altresì alle regole generali stabilite per gli atti ricevuti da notai nella legge sul notariato del 25 ventoso, anno XI.

Il prelodato scrittore opina che difficilmente potrebbe sostenersi la nullità di un testamento *pubblico* per ciò solo che esso non fosse ricevuto *uno contextu*; raccomandando tuttavia ai notai di osservare nella redazione dei detti testamenti, *l'unità di tempo*, attesi gli inconvenienti inseparabili dalla redazione predetta *ad intervalli*.

La stessa quistione può insorgere in oggi presso di noi, giacchè il nostro Codice, nelle prescrizioni da me commentate degli articoli 745 e seguenti, relative ai testamenti *pubblici*, tace parimente sulla necessità che questi siano fatti *uno contextu*, e soltanto stabilendo nell'articolo 751, le formalità da osservarsi nell'atto di consegnazione dei testamenti segreti, vuole che la presentazione della carta in cui è scritto il testamento, la redazione e scritturazione dell'atto di consegnazione di essa al notaio, le menzioni ivi prescritte, e le sottoscrizioni del testatore, e del notaio e dei testimoni; *tutto ciò sia fatto di seguito e senza deviare ad altri atti*.

Da siffatta *particolare* prescrizione, e dal sovra menzionato silenzio relativo ai testamenti *pubblici* dovrà forse dedursene la conseguenza che la quistione se questi debbano o non farsi *uno contextu*, sia passata inavveduta ai compilatori del Codice nostro, e che così essa debba ancora ricevere soluzione in conformità del disposto dal diritto romano?

Certamente se ciò avesse avuto luogo, la regola sancita nell'ultimo alinea dell'articolo 751, avrebbe, come quella che noi abbiamo nell'articolo 754, formato oggetto di una disposizione

*1 Tom. 1, pag. 256, num. 241.

generale, comprendente così i testamenti pubblici come i testamenti segreti; ma si sarà fatto riflesso che la rigorosa osservanza della regola (qui sovra accennata) del diritto romano, per la qualità di atti legittimi, comune a tutti i testamenti, fu dalle odierne legislazioni mantenuta solo quanto poteva essere utile, per prevenire cioè le frodi che commetter si possono facilmente, dove l'operazione complicata del testamento nella forma segreta non sia compita senza frammettervi intervallo, od altro atto diverso che sviar potrebbe l'attenzione: laddove applicata tal regola ai testamenti fatti per atto pubblico, potrebbe riescire di un eccessivo rigore senza alcuna positiva utilità.

Io tengo adunque per fermo che, sotto l'impero del vegliante Codice Civile, non potrebbe con fondamento pretendersi la nullità di un testamento *pubblico*, per ciò solo che esso fosse stato fatto *ad intervalli*, ovvero che nel medesimo fossero stati frammistiti *atti estranei*, come per esempio qualora, contenendo il testamento una istituzione od un legato, col peso all'erede od al legatario di dare o fare una cosa, ovvero un legato di crediti o ragioni direttamente esperibili dal legatario, accompagnato da una procura speciale e progressiva, intervenissero in siffatti testamenti l'erede od il legatario per accettare la condizione loro imposta o la predetta procura.

Questo mio sentire mi dispensa dall'occuparmi di una altrettanto nuova, a parer mio, come giusta distinzione che dal lodato sig. Grenier venne fatta tra l'*unità d'azione* che esclude l'intromissione nei testamenti di atti estranei a simili disposizioni, e la quale riflette l'*intrinseco* di essi, e l'*unità di tempo*, escludente la confezione del testamento per intervalli, la quale appartiene alla loro *forma estrinseca* *1; giacchè l'atto di consegna del testamento segreto non contenendo le disposizioni testamentarie fatte dal consegnante, ma soltanto la presentazione che egli fa al notaio della carta che le contiene, egli è pressochè impossibile che possa venire in mente di un testatore di far estendere in detto atto di consegna *cose estranee al testamento*, e della natura predivisata. E la prescrizione contenuta nell'ultimo alinea dell'articolo 751 non riflettendo che l'atto preaccennato di *consegna* del testamento se-

*1 Cit. loco.

greto, e non *lo stesso testamento*, non potrebbe dalla medesima dedursi la conseguenza che, contro lo spirito della nuova legislazione, fosse nullo un testamento segreto, per ciò solo che nella carta testamentaria, contenente le divise disposizioni d'ultima volontà, si trovasse frammisto qualche atto a siffatte disposizioni estraneo.

5.° Un'altra avvertenza essenziale al pari di quella contenuta nella nota precedente, io debbo ancora porre sott'occhio de' miei lettori sui testamenti *pubblici*.

È troppo noto ai medesimi che l'imperatore Giustiniano, emendando, nel § 10 delle sue *Instituzioni* al titolo *De testamentis ordinandis*, gli usi precedentemente introdotti, sanciva che, nè l'*erede* scritto nel testamento, nè il discendente di esso il quale fosse sotto la patria podestà di lui costituito, nè il padre di detto erede godente sovra di lui di tale patria potestà, nè infine i di lui fratelli potessero essere testimonii nel testamento contenente l'*istituzione*, e ciò perchè *sibi quodammodo testimonia praestare viderontur*. Che però lo stesso imperatore, nel successivo § 11 permetteva che fossero testimonii nei testamenti i *legatarii* e fedecommessari *quia non iuris successores sunt*, e maggiormente ancora le persone ad essi congiunte nel modo preaccennato.

Non è oggetto della mia opera il riferire le varie quistioni cui davano luogo le premenzionate prescrizioni della legge romana, quella per esempio se il figlio *emancipato* dell'erede, se l'*erede universale sostituito* potessero essere testimonii nel testamento che conteneva l'*istituzione* a loro favore ordinata.

Avverrirò bensì che i compilatori del codice civile francese, desumendone argomento dal disposto negli articoli 43, e 46 della celebre Ordinanza del 1755 sulle donazioni e sui testamenti, avevano inserita nel detto codice una disposizione sulla capacità o non d'intervenire come testimonii nei testamenti, delle persone favorite dalle disposizioni in essi contenute.

Che nel primo progetto dello stesso codice, essi avevano perciò proposta una prescrizione portante che « non potessero « essere presi per testimonii (nei testamenti) nè i *legatarii* *1

*1 Ho già avvertito più volte che il codice civile francese, inseguendo l'antica legislazione consuetudinaria di quello stato, non fa differenza tra i legati e le istituzioni, e chiama legatari gli eredi.

« a qualunque titolo il fossero, nè i loro parenti od affini sino al quarto grado inclusivamente, nè i praticanti de' notai « dai quali fossero ricevuti i testamenti. »

Che, pei termini generali con cui questa prescrizione era concepita, applicandosi essa, così ai testimonii intervenienti nell'atto di consegnazione del testamento *segreto*, come a quelli che figurassero in un testamento *pubblico*, si osservò dal Consiglio di stato, non militare, rispetto ai primi di detti testimonii, quei motivi di esclusione che pei secondi appresentavansi, giacchè quelli ignorassero la disposizione contenuta nel testamento *segreto*, e non facessero testimonianza che ad un atto di mera formalità.

Che in seguito di tale osservazione, venne bensì mantenuta la regola progettata, ma colla limitazione di essa al testamento *per atto pubblico*, e venne perciò la medesima sancita nell'articolo 975 di quel codice, stanziato, come in apposita sede, dopo gli articoli relativi alle formalità del testamento *pubblico*, e prima di quello che riguarda il testamento *segreto*, mentre nell'articolo 980 vennero stabilite le altre qualità che la legge esige nei testimonii dei testamenti così segreti come pubblici.

Che finalmente la disposizione contenuta nel succitato articolo 975, essendo nel novero di quelle che l'articolo 1001 dello stesso codice voleva fossero osservate a pena di nullità del testamento, ne seguiva che *quello pubblico era nullo se in esso fosse intervenuto come testimonio un erede o legatario, od un suo parente od affine sino al quarto grado inclusivamente.*

Ritenute queste regole del diritto romano presso di noi ricevuto, e di quel codice, le cui prescrizioni servirono di principale norma della nuova nostra legislazione, potrà a prima giunta sorprendere il non trovare qui stanziato un articolo che rinnovi nella sostanza la prescrizione contenuta nel succitato articolo 975 del codice francese, quasi che da tale silenzio ne derivasse l'efficacia di una istituzione o di un legato fatto a favore di colui che, qual testimonio, intervenne nel testamento che li contiene; ma non è che apparente il relativo silenzio del legislatore nostro Sovrano, ed egli, nel provvedere sulla materia di cui mi occupo, meglio accomodò la fatta prescrizione allo spirito ed al motivo che determinar dee l'esclusione, dal figurare quai testimoni nei testamenti, degli eredi e dei legatari in essi nominati. Se l'interesse che essi hanno a siffatta testimonianza la rende sospetta, questa sospizione è

tutta *personale* ai predetti eredi o legatarii, e non può afficere le altre persone nel testamento contemplate: escluderli dalla testimonianza predetta *sotto pena di nullità del testamento*, sarebbe far pesare sovra queste ultime un fatto ad esse totalmente estraneo.

A questa considerazione, per cui l'incapacità assoluta degli eredi e legatarii di figurare come testimoni nel testamento doveva essere tolta dalla nuova legislazione, un'altra se ne potè aggiungere, che spiegherò, come in sede più appropriata, commentando l'articolo 754, in cui si stabiliscono i motivi della incapacità civile dei testimoni testamentarii. Meglio adunque e più giustamente si provvede alle frodi che si vogliono evitare dichiarando *di nessun effetto le istituzioni ed i legati* che in un testamento, sì *pubblico* che *segreto*, siano fatti a favore di colui che vi intervenne come testimonia, ponendolo sulla stessa linea del notaio che lo ricevette; e così saviamente dispone il codice nostro nell'articolo 800. Commentando poi il detto articolo, mi occorrerà di esaminare alcune controversie che in Francia insorsero sull'intelligenza del precitato articolo 975 del codice civile colà vigente.

6.º Prima infine di passare alla disamina delle prescrizioni del nostro codice riguardanti il testamento segreto, già chiamato di nuncupazione implicita, rimarrebbe a trattare dei testamenti del cieco, del sordo-muto, e di colui che è privo *intieramente dell'udito*. Ma siccome di questi testamenti se ne occupa il legislatore nostro Sovrano negli articoli 753, 755 e 756, intorno ad essi rimanderò i miei lettori, a quanto mi occorrerà di tratteggiare commentando i predetti articoli.

750. Il testamento segreto può essere scritto dal testatore, o da un terzo; se scritto dal testatore dovrà essere anche sottoscritto da lui alla fine della disposizione; se scritto in tutto o in parte da un terzo, dovrà essere sottoscritto dal testatore in ciaschedun mezzo foglio.

1.º Quanto importi talora ad un padre di famiglia che rimangano ignote le disposizioni per esso fatte intorno a ciò che dopo la sua morte far si debba delle sue sostanze, nessuno vi ha

che lo ignori. Tale fu il motivo per cui l'imperatore Teodosio nella celebre legge *Hac consultissima* 21, cod. *De testam.*, stabilì le formalità da osservarsi in quei testamenti, che di *nuncupazione implicita* *1 o di *forma mistica* *2 furono chiamati, a quali formalità i legislatori di pressochè tutte le nazioni aggiunsero quella dell'intervento di un notaio, a cui siano detti testamenti consegnati, e da questi conservati nei loro minutari per essere aperti dopo la morte del testatore, e spedite copia autentica e probante alle persone interessate.

Di questo testamento, che le antiche senatorie decisioni *3 dicono essere stato presso di noi introdotto dalla consuetudine prima che se ne facesse cenno nelle RR. CC., *4 queste non se ne occupavano che per esigere la presenza di sette testimoni all'atto della di lui consegna al notaio, e per assoggettare questo atto alle solennità prescritte generalmente per quelli ricevuti da' notai, così che le altre regole, cui esso era sottoposto, dalle precitate leggi romane e dalla giurisprudenza dei magistrati supremi erano determinate, la quale attenevasi soprattutto alle prove positive od esclusive dell'*identità* della scheda o carta contenente le testamentarie disposizioni.

In Francia le solennità del testamento mistico o segreto erano state determinate dall'articolo 9.^o dell'Ordinanza del 1735, le cui disposizioni erano desunte, come osserva il presidente Malleville, dalla succitata legge *Hac consultissima*, e furono rinnovate nell'articolo 976 del codice civile di quel regno, e ser-

*1 Per differenziarlo dal testamento di *nuncupazione esplicita* in cui il testatore a viva voce ed in presenza dei testimoni nominava (*nuncupabat*) l'erede, quando per contro nel testamento di che ora si tratta, siffatta nomina non era che *implicita* dicendo il testatore essere suo erede colui che egli nominava nella carta che presentava ai testimoni ed al notaio come contenente le sue testamentarie disposizioni.

*2 Non pel motivo additoci dal Bretonier nelle sue questioni di diritto alle parole *Testament mistique* che il testamento in discorso sia un *misto* di quello olografo e del testamento nuncupativo, ma bensì perchè il vocabolo *mistico* deriva dall'aggettivo greco *μυστικός* che significa *segreto*.

*3 Decis. 23 marzo 1638 ref. D. Faussano, 29 agosto 1735 ref. D. Grondona, e 15 giugno 1739 ref. D. Honorato, citate in quella del 2 settembre 1740 ref. D. Demorra, riferita dal sig. avvocato Dubois nella sua raccolta progressiva, serie dei testamenti, tom. 1, pag. 1, e seguenti.

*4 Lib. 5, tit. 22, cap. 2, § primo.

virono di prima base al disposto nell' articolo del nostro Codice che imprendo di commentare, e di quelli che lo susseguono.

Queste poche notizie storiche di volo premesse sull'origine del testamento, che il ridetto Codice nostro chiama *segreto*, e sulle antiche leggi che ne regolavano la forma, passiamo ad esaminare le prescrizioni che i precitati articoli contengono, ad investigarne, per la retta loro intelligenza, lo spirito, e ad accennare le principali controversie che sovra tale intelligenza insorgere possano: cercherò di risolverle colla scorta dell' assentata giurisprudenza, premettendo che il legislatore nostro Sovrano divise opportunamente in due articoli ciò che egli prescrive intorno alla *carta o scheda testamentaria*, ed alla sua *consegnazione*, disposizioni queste che nel codice civile francese formano il soggetto del solo articolo 976 precitato.

2.° Le stesse considerazioni che determinarono i legislatori antichi e moderni a permettere di disporre delle sostanze, per testamento segreto, in una *scheda o carta* che il testatore presenta al notaio, acciò essa riccva il suggello dell'autorità pubblica conceduta dalla legge a quel pubblico Ufficiale, esigevano che si appianasse il modo di esercire siffatta facoltà.

Ho già notato quì sovra esistervi persone capaci di *sottoscrivere* una carta apponendovi, per contratta abitudine; il loro nome e prenome, le quali non saprebbero tuttavia fare un certo corpo di scritturato; ed accade pur troppo sovente *1 che quel testatore il quale sarebbe capace di sottoscrivere un testamento, ne sia da grave infermità od altro abituale incomodo impedito. Si è perciò che i prelodati legislatori permisero a colui che vuole fare un testamento segreto, di *far scrivere da un terzo la carta* contenente le disposizioni d'ultima volontà da lui fatte, a differenza di quanto prescrivono le leggi intorno al testamento *olografo*, il quale, negli Stati ove simile modo di testare è permesso, dee essere *per intiero scritto, datato e sottoscritto dal testatore*, sotto pena di nullità di esso, come prescrive l' articolo 970 del Codice civile francese.

Ed il motivo del divario ben facile si presenta a discernersi, giacchè il testamento olografo, non abbisognando di veruna consegna di esso ad un pubblico Ufficiale, e ricevendo una *legale esistenza*

*1 Ben sapendosi che molte persone aspettano a disporre per atto d' ultima volontà nei creduti o reali ultimi periodi dell' umana loro esistenza.

dall'opera sola del testatore, maggiori cautele esigonsi per assicurarne quella verità di cui una semplice sottoscrizione non presenterebbe una sufficiente guarentigia, quando per contro il testamento segreto, ricevendo come sovra l'impronta dell'autorità pubblica dalla consignazione che ne fa il testatore al notaio in presenza dei testimonii, dichiarando che la carta da lui consegnata contiene il suo testamento, siffatta dichiarazione, sovra cui il legislatore riposa per la verità delle disposizioni in detta carta contenute, limita la di lui sollecitudine a prescrivere quelle formalità che guarentiscano da qualunque sorpresa o supposizione l'atto della consignazione predetta, e non lascino dubbio sulla conservazione ed identità della stessa carta testamentaria.

Dalle premesse osservazioni che il testamento segreto non riceve per così dire *la vita legale* che dall'atto della consignazione che ne è fatta al notaio, ne derivano più conseguenze: la prima che, se nelle carte di un defunto si rinvenisse un testamento intieramente da lui scritto, datato e sottoscritto, dal quale risultasse che egli proponevasi di presentarlo ad un notaio, qualora da ciò eseguire sia il medesimo stato impedito, o da repentina morte, od anche nel caso contemplato al numero 4.^o dell'articolo 709, tale atto non potrebbe considerarsi che come un semplice *progetto di testamento*, e non potrebbe sortire il menomo effetto; la seconda che lo stesso dovrebbe dirsi di quel testamento segreto che fosse stato dal testatore consegnato al notaio, senza che quest'ultimo avesse potuto ridurre a compimento le formalità che il seguente articolo prescrive per la di lui validità ed efficacia.

In Francia, ove la legge permetteva e permette il fare testamento nella forma *olografa*, grave quistione insorgeva sul punto « se un testamento a cui il testatore aveva voluto, e non aveva potuto dare la forma di testamento di nuncupazione implicita, « dovesse sostenersi come testamento olografo quando esso era « intieramente scritto, datato e sottoscritto dal testatore », controversia questa sovra cui due dei più accreditati autori francesi, i signori Merlin e Grenier variarono, il primo di essi due volte ed il secondo una volta, d'opinione, come altresì il signor Delaporte nelle sue Pandette, avendo però essi, coi signori Toullier, Duranton, Favard e Dalloz, finito per conchiudere sussistere siffatto testamento come olografo, osservando che la precisa disposizione, in proposito sancita nell'articolo 126

dell'Ordinanza del 1629, conforme alla sentenza di Ulpiano nella legge terza *De testamento militis*, consacrassero una regola troppo conforme ai principii della sana ragione, onde la giurisprudenza potesse con fondamento dipartirsene, quantunque la precitata Ordinanza non avesse sortita la sua esecuzione per non essere stata registrata dai Parlamenti; ma siffatto ostacolo non potrebbe elevarsi presso di noi alla verità della prima delle qui sovra spiegate proposizioni, non ammettendosi dal nostro Codice la forma olografa di testare.

La terza conseguenza che io derivò dal prestabilito principio che *il testamento segreto non riceve la sua esistenza legale che dall'atto della sua consignazione*, si è che in vano s'imputerebbe l'indegnità all'erede scritto in detto testamento, prevista dal numero 5 del citato articolo 709, con voler giustificare che il testatore fosse stato costretto a scrivere o sottoscrivere *la carta testamentaria*, se non si imprendesse ad un tempo di provare che le praticate violenze avessero inquinato sulla di lei consignazione al notaio.

Permettendo l'articolo a colui che vuole fare un testamento segreto *il farlo scrivere da un terzo*, potrà chiedersi se tale facoltà sia data unicamente a quel testatore che, sapendo scrivere, crede tuttavia di prevalersi di altra persona per far scrivere il testamento, od anche a colui che *sapendo leggere non sapesse scrivere*; esaminerò siffatta controversia commentando l'articolo 759, il quale applica ai testamenti presentati ai Senati od ai tribunali di Prefettura la regola sancita nell'articolo 753.

3.º Dal principio additato nella nota precedente, e dal silenzio del Legislatore nostro in questo articolo *sulla data della scheda testamentaria* (silenzio tenuto parimente dal legislatore francese nell'articolo 976 qui sovra citato di quel codice), un'altra conseguenza io ne derivò ancora, quella cioè che non potrebbe impugnarsi come nullo un testamento segreto per ciò solo che la scheda predetta non fosse datata.

Tale si è l'opinione dei signori Grenier *1 e Merlin *2, avvalorata da una sentenza della Corte di Cassazione del 14 maggio 1809 *3 pronunziata sovra conclusioni conformi del sig. Danieli

*1 Tom. 1, num. 266.

*2 Rep. v. *Testament*, sez. 2, § 3, art. 3, num. 10.

*3 Riferita dal Sirey, an. 1809, vol. 1, pag. 235.

S. P. G. sul testamento del signor Triboulon, il quale testamento, regolarmente presentato al notaio, non conteneva la data dell'anno, ma unicamente del luogo, del mese e del giorno in cui esso era stato scritto, non meno che da un'altra sentenza della Corte d'Appello di Colmar del 20 gennaio 1824 *1.

La precitata decisione della Corte Suprema di Francia è appunto fondata sul silenzio dell'articolo 976 del Codice civile francese intorno *alla data* della scheda testamentaria, sul riflesso che siffatto silenzio rimanga spiegato, dacchè il precitato articolo (il nostro successivo) imponga di presentarla ad un notaio, e che l'atto di presentazione da questo rogato debba necessariamente avere una data; che finalmente la Corte di Nîmes non avrebbe potuto dichiarare nullo il testamento di cui si trattava senza aggiungere alle disposizioni del Codice.

Sedunque non è nullo un testamento segreto perobè manchi alla scheda testamentaria la data del luogo, dell'anno, mese e giorno in cui essa venne scritta, ovvero perchè essa sia imperfetta, e ciò perchè la vera data di esso si è quella dell'atto di consegna, lo stesso giudizio dee portarsi di quel testamento nel di cui atto di consegna il testatore avesse errato nel denunziare la data della scheda testamentaria da lui scritta o fatta scrivere da un terzo e sottoscritta: siffatto errore potrebbe generare bensì qualche sospetto sull'identità di detta scheda, di cui il Magistrato potrebbe tener conto, qualora altre gravi presunzioni insorgessero per far dubitare dell'identità premenzionata; ma non potrebbe ravvisarsi quale un vizio radicale del testamento, e tanto meno come una omissione di forma, importante quella nullità che dall'articolo 802 è pronunziata dei testamenti segreti, nei quali non siansi osservate le formalità da questo articolo prescritte.

4.º Dopo di avere permesso a colui che vuole fare un testamento segreto, di far scrivere da un terzo la scheda testamentaria contenente le disposizioni da lui divise, passa il Legislatore a prescrivere che detta scheda sia dal testatore sottoscritta, e si propone due casi: se il testatore scrivesse di propria mano il testamento segreto vuole l'articolo che questo sia da lui anche sottoscritto *in fine della disposizione*; che se poi il testatore avrà fatto scrivere da un terzo la scheda testamentaria in tutto,

*1 Citata dal Vazeille, tom. 2, art. 676, num. 3.

od in parte, vuole l'articolo che essa sia da lui sottoscritta *in ciaschedun mezzo foglio*, così che, se il testatore avrà impiegato un solo foglio di carta bollata nel far scrivere il suo testamento, il quale riempia le due prime facciate di esso, ed una parte della terza, oltre la sottoscrizione che egli dee apporre in fine di detto testamento, un'altra aggiungerne dee in fine della prima o della seconda facciata, e così di seguito qualora più fogli di carta siano stati necessari per contenere tutte le disposizioni da lui ordinate.

Esaminando l'articolo 752 noi vedremo in qual modo il testatore che non sa o non può sottoscrivere il testamento segreto, supplir possa al difetto di tale sottoscrizione: limiterommi per ora ad avvertire i miei lettori che la disposizione del nostro articolo, prescrivente, nel secondo caso ivi contemplato, quelle ulteriori sottoscrizioni del testatore, venne dal Legislatore nostro Sovrano aggiunta al disposto dall'articolo 976 del codice civile francese, onde antivenire al pericolo che, in una scheda testamentaria composta di più fogli scritturati, non dal testatore, ma bensì da mano terza, *si inserisca o si surrogli alcuna scrittura a quella disposizione estranea.*

Questo spirito della prescrizione ora commentata mi induce ad opinare che sarebbe nullo un testamento segreto composto di un certo numero di fogli, quando anche un solo dei mezzi fogli scritti, e contenenti la disposizione testamentaria, non fosse dal testatore sottoscritto; e maggiormente ancora se il testatore, il quale non sapesse o non potesse sottoscrivere, fosse limitato a *sottosegnare* la scheda testamentaria, facendo autenticare il sottosegno dal notaio che la scrisse, e che ne riceve quindi l'atto di consignazione, senza però fare in esso la dichiarazione prescritta dall'articolo 752 già qui sovra citato, ciò che imprendo di dimostrare.

Le formalità prescritte da questo articolo sono diffatti nel novero di quelle, la cui osservanza rigorosa è voluta dall'articolo 802 a pena di nullità del testamento.

Al cospetto di una così positiva ed energica disposizione della legge, se si ammettesse che il difetto di sottoscrizione ad *un solo mezzo foglio* della scheda testamentaria composta di più fogli scritti, non importasse la nullità del testamento, non vi sarebbe più motivo per cui lo stesso non si decidesse quando *due o più mezzi fogli* mancassero di questa formalità, e troppo in-

certa ed oscillante si renderebbe la giurisprudenza adottata in apparente spiegazione, ma in reale contravvenzione alla legge: di più, nel primo qui sovra proposto caso, quello cioè in cui la carta testamentaria fosse bensì sottoscritta dal testatore, ma non in ciaschedun mezzo foglio, non si otterrebbe quella morale certezza esclusiva dell'inserzione o surrogazione di una carta estranea, che costituisce il motivo della prescrizione di cui ragiono, certezza che il Legislatore trovò soltanto nella sottoscrizione del testatore a ciaschedun mezzo foglio, e non in un altro modo qualunque; e nel secondo di detti proposti casi io ritengo che, allorquando il Legislatore volle permettere di sostituire alla sottoscrizione del testatore il di lui sottosegno mediante l'intervento di un pubblico ufficiale, siffatta facoltà venne espressamente da lui concessa, come noi abbiamo nel primo alinea dell'articolo 748, ciò che dà luogo all'applicazione della nota regola secondo cui il Legislatore *quod voluit expressit*.

Nè a combattere in questo stesso secondo caso la mia opinione gioverebbe il dire che il prelodato Legislatore non abbia considerata cotanto importante e necessaria la sottoscrizione del testatore alla scheda testamentaria, avendogli, nell'articolo 752, permesso di surrogare alla medesima la dichiarazione di non avere saputo o non avere potuto sottoscriverla, giacchè il prelodato Legislatore non si contenta di tale dichiarazione, ma vuole inoltre che, in detto caso, il testatore pre nominato *dichiari di avere lette* le disposizioni scritte nella premenzionata scheda, e ciò onde evitare che in essa vengano inserite disposizioni non conformi alla vera di lui volontà.

Nè si dica che così sentendo sulle due propostemi quistioni, io mi allontanai dall'opinione per me esternata sull'*equipollenza* nella nota quarta all'articolo 746.

L'*equipollenza* ha luogo allorquando il testatore od il notaio, nello accennare l'adempimento delle formalità dalla legge prescritte, non avendo fatto uso di *termini letterali*, dal Legislatore impiegati, si prevalsero però di *espressioni identiche*, o che la retta ragione indica doversi come tali considerare, ciò che è perfettamente estraneo all'*omissione delle formalità* dalla legge stabilite.

Il Legislatore nostro Sovrano nello statuire con tanta sapienza e maturità di consiglio le formalità che egli credette *necessarie* a guarentire la verità delle testamentarie disposizioni, e so-

prattutto dei testamenti segreti, e che credette *sufficienti* a tale scopo, e nel comandarne la rigorosa osservanza a pena di nullità delle disposizioni premenzionate, volle far cessare, in una materia così importante, quella oscillazione di giurisprudenza che è talora origine delle liti, e lascia incerti i sudditi sui loro diritti, dal che io ne deduco le due conseguenze seguenti, cardinali in mio senso nella materia da me trattata.

La prima che, se il Giudice non dee giammai aggiungere alla legge intorno alle formalità di cui essa si appaga in certi atti, quand' anche il loro adempimento sembrasse meglio assicurare lo scopo dal Legislatore prefissosi, tanto meno simile aggiunta potrebbe adottarsi quando le prescritte solennità osservar si debbono a pena di nullità degli atti premenzionati.

La seconda che, per contro, quando in un testamento si sono omesse quelle formalità che la legge esige a pena di nullità di esso, qualunque apparente certezza che, malgrado siffatta omissione, non siasi contravvenuto all'intenzione del Legislatore ed al motivo che lo spinse a prescrivere le formalità premenzionate, non autorizza il Giudice a largheggiare in pericolose indagini sullo spirito di essa legge, dovendo egli bensì farla eseguire e mantenere, con proteggere i diritti dalla medesima stabiliti.

5.º Dalla prima delle conseguenze che io ho nella precedente nota derivate, e dal duplice principio in essa spiegato, io prendo testo per risolvere una quistione che il contenuto in questo articolo potrebbe far insorgere.

Quando il testamento segreto è scritto dal testatore, vuole il detto articolo che esso sia anche da lui sottoscritto *alla fine della disposizione*: che se poi tale testamento sarà scritto in tutto od in parte da un terzo, si prescrive che esso dovrà essere sottoscritto dal testatore *in ciaschedun mezzo foglio*. »

Non dicendosi in questa seconda parte dell' articolo che il testamento debba *anche*, ovvero debba *inoltre* essere sottoscritto in ciaschedun mezzo foglio (espressioni queste le quali estenderebbero al detto secondo caso la regola prestabilita pel primo sulla necessità della sottoscrizione *in fine della disposizione*), se in un testamento segreto scritto da un terzo, ed il quale occupasse più delle tre prime facciate del foglio di carta bollata, il testatore, dopo di averne sottoscritta la prima e la terza, e così apposta la sua sottoscrizione in ciaschedun mezzo foglio, di-

menticasse di apporla egualmente a calce della ridetta disposizione, e così nella quarta facciata, siffatta omissione potrebbe essa trar seco la nullità del testamento?

Per la risoluzione affermativa di questa controversia si dirà che la soserizione del testatore in fine della scheda testamentaria è quella che giustifica la di lui approvazione di tutto il contenuto nella medesima, e le dà la forza di vero testamento, tuttavia che quella carta sia stata regolarmente consegnata al notaio; che il difetto di sottoscrizione *in fine* della scheda, lasci qualche dubbio che la parte di essa che trovasi scritta dal terzo nella quarta facciata, e non sottoscritta dal testatore, possa essere stata dallo scrivente aggiunta a sua insaputa, e ciò malgrado la dichiarazione per esso fatta al notaio nell'atto di consegna che quella carta contenga il suo testamento.

Io non mi dissimulo la forza di siffatti argomenti: tuttavia io propenderei per la validità del testamento in vista dei termini con cui è concepita soltanto la disposizione dell'articolo nel secondo caso ivi contemplato, perchè non potrebbe imputarsi al testatore l'omissione di una formalità la quale non è dalla legge, nel detto caso, letteralmente quanto meno prescritta, e soprattutto per quella grande ragione che non si possa aggiungere cosa alcuna alla legge stessa, quando essa prescrive negli atti da lei accennati qualche formalità che debba osservarsi *sotto pena di nullità* degli atti medesimi.

6.º Ma per contro la seconda conseguenza che, nella nota precedente, ho derivata dall'ivi additato generale principio mi porta a credere che, se in un testamento segreto scritto dal testatore, dopo la di lui sottoscrizione in fine di esso, si rinvenisse una *disposizione addizionale*, siffatta disposizione non potrebbe essere sottratta alla nullità pronunziata dall'articolo 802.

Io non ignoro che la Corte di Cassazione di Francia dopo di averne con una sentenza del 12 marzo 1806 *1 annullata una della Corte d'Appello di Metz con cui erano state dichiarate valide sette disposizioni dal signor Majainville aggiunte ad un suo testamento olografo, e frammezzate al medesimo e ad altre due ulteriori disposizioni addizionali da lui *datate* e sottoscritte, le quali sette aggiunte erano bensì state dal testatore sottoscritte,

*1 Riferita nella Raccolta intitolata *Jurisprud. du Code Napoléon*, vol. 6, pag. 469.

ma *non datate* (e ciò sul riflesso che quella sentenza fosse pronunziata in contravvenzione all' articolo 970 del Codice civile francese, il quale esige che il testamento olografo sia scritto, *datato* e sottoscritto dal testatore), quella causa essendo stata rimandata alla Corte d'Appello di Nancy, ed avendo anche questa Corte dichiarato valido quel testamento, il signor Toullier *1 ci riferisce che la dimanda in cassazione di questa seconda sentenza venne rigettata dalla Corte Suprema con altra del 7 marzo 1808.

Ma oltrechè passa un divario tra la semplice *data* e la *sottoscrizione* di un atto, il prelodato autore ci addita che la Corte di Nancy aveva, delle clausole delle due ultime disposizioni addizionali, desunto argomento *in fatto* che il signor Majainville avesse anche scritte le sette aggiunte precedenti *nello stesso giorno* in cui si vedevano datate le due ultime predette, e che siffatta dichiarazione dei giudici d'appello, ritenuta dalla Corte regolatrice nei motivi della sua decisione del 1808, la portarono a credere che essi non avessero contravvenuto al citato articolo 970 del Codice francese.

Ben più appropriato alla quistione in ora discussa io ravviso l' argomento desunto da quanto ho ragionato, e dalla giurisprudenza per me svolta nella nota ottava all' articolo 747, esistendo la più grande analogia tra una disposizione aggiunta dal testatore ad un suo testamento segreto da lui scritto, dopo di averlo regolarizzato colla sua sottoscrizione, senza che ciò da lui si eseguisca rispetto all' aggiunta premenzionata, ed una disposizione della stessa natura scritta da un notaio in un testamento pubblico di cui fu compiuta la redazione, senza che, per siffatta aggiunta, siansi eseguite le formalità di rigore e sotto pena di nullità dalla legge prescritte.

Nel caso che il testamento segreto *sia scritto dal testatore* vuole il nostro articolo che esso sia da lui sottoscritto *in fine della disposizione*, e l'osservanza di questa formalità è prescritta dall' articolo 802 a pena di nullità del testamento.

Se adunque il ridetto testatore, dopo di avere scritto e sottoscritto il suo testamento, vi aggiunge delle altre disposizioni non meramente spiegative delle prime, pei riflessi da me svolti nella precitata nota ottava all' articolo 747, io non credo bensì

*1 Tom. 3, pag. 104, num. 371, nota 2.

che la nullità di siffatte disposizioni addizionali possa trar seco la nullità dell'intero testamento.

Ma qualunque sia l'induzione che volesse trarsi dall'atto di consignazione e dalla dichiarazione che in questo atto esige il successivo articolo, sarà sempre vero che quelle ulteriori disposizioni non possono figurare quali disposizioni *sottoscritte in fine di esse*, e che rispetto alle medesime esiste quel difetto di formalità a cui la legge attacca la pena della loro nullità.

Se la consignazione al notaio della scheda testamentaria, e la dichiarazione contemporanea che il testatore dee fargli in presenza dei testimonii che quella carta contiene il suo testamento, fossero parse al Legislatore sufficienti per antivenire ogni pericolo di frode, e per assicurare che quanto in essa trovasi scritto è l'espressione della vera e positiva volontà di detto testatore, non avrebbe il prelodato Legislatore avuto ad occuparsi in questo articolo di maggiori cautele dirette ad ottenere lo scopo premenzionato.

751. La carta in cui sarà scritto il testamento segreto, o quella che le servisse d'involto, sarà chiusa e sigillata; il testatore o la presenterà già chiusa e sigillata, o la farà chiudere e sigillare in presenza del Notaio, e di cinque testimoni, dei quali tre almeno siano in caso di sottoscrivere.

Il testatore dichiarerà al notaio in presenza dei testimoni che il contenuto in quella carta è il suo testamento.

Questa carta sarà consegnata dal testatore in presenza dei testimoni al notaio, che sulla carta medesima; ovvero su quella che le servisse d'involto, scriverà l'atto della fatta consignazione, facendo espressa menzione della dichiarazione del testatore.

Il notaio farà pure menzione che la carta fu presentata chiusa e sigillata, ovvero che fu chiusa e sigil-

lata nell'atto della presentazione, indicando anche il numero degli apposti sigilli.

Quest'atto verrà sottoscritto dal testatore, e dal notaio, come pure dai testimoni, od almeno da tre di essi, e sottosegnato dagli altri.

Nel caso in cui il testatore per un impedimento sopraggiunto dopo avere sottoscritto il testamento non potesse più sottoscrivere l'atto della consegnazione, si osserverà quanto è prescritto nell'art. 748.

Tutto ciò sarà fatto di seguito, e senza deviare ad altri atti.

1.º L'uso dei testamenti segreti si è reso così comune che l'esatta intelligenza delle disposizioni legislative che ne regolano le forme acquistò la più grande importanza, sia pe' notai i quali ricevono gli atti della loro consegnazione, sia pei padri di famiglia, i quali hanno tutto l'interesse che le disposizioni testamentarie per essi fatte siano valide e sortiscano il loro effetto.

Questa importanza diviene ben maggiore in oggi che una legge positiva determinò quali siano le solennità che il Sovrano Legislatore ravvisò *necessarie e sufficienti* per assicurare l'identità della scheda testamentaria, e delle quali egli prescrisse in questo articolo la rigorosa osservanza sotto la pena della nullità del testamento pronunziata dall'articolo 802.

Quando per contro l'antérieure giurisprudenza dei Magistrati nostri Supremi, attestataci da molte loro decisioni e segnatamente da quella del 16 marzo 1770 *referente D. Bruno a Cusano* nella causa Decaroli Bellotti contro li zil e nipoti Peyron *1 faceva dipendere l'efficacia o non dei testamenti di nuncupazione implicita, non tanto dalla più o meno esatta osservanza, negli atti di presentazione ed apertura di essi, delle formalità dalle leggi romane stabilite, quanto principalmente dalla prova positiva od esclusiva dell'identità della scheda testamentaria, a

*1 Riferita nella Raccolta del signor Avvocato Duboin, serie dei testamenti, tom. 1, pag. 16 e seguenti.

di cui giustificazione si ammettevano talora le prove presunzionali e di volontà, ed anche quella testimoniale.

Il nuovo sistema, se tale può chiamarsi, adottato dal Sovrano Legislatore nostro, mi spinge ad esaminare colla massima attenzione, e ad una ad una le varie prescrizioni che questo articolo contiene, a perscrutarne e chiarirne il senso, soprattutto confrontandole colle altre legislazioni, ed a riferire le più importanti controversie cui queste legislazioni abbiano dato luogo, in quanto tali quistioni possano altresì insorgere sull'intelligenza del nostro articolo, con portare a notizia de' miei lettori le decisioni che le abbiano risolte.

2.º Comincia l'articolo a stabilire che la carta in cui sarà scritto il testamento, o *quella che le servisse d'involto sarà chiusa e sigillata.*

Questa disposizione è desunta dall'articolo 976 del Codice civile francese, a cui, come rilevai nella nota prima all'articolo precedente, aveva servito di norma il disposto nell'articolo nono dell'antica Ordinanza del 1735 sulle donazioni e sui testamenti.

Quantunque l'articolo 68 del Regio Editto sulla carta bollata del 5 marzo 1834 disponga in termini precisi che, per le contravvenzioni a questa legge *non ha mai luogo la pena di nullità degli atti e delle scritture*, i testatori debbono tuttavia avvertire di non scrivere o far scrivere i loro testamenti segreti sopra carta non bollata, onde non assoggettare i loro eredi che facciano procedere alla loro apertura alla multa stabilita dall'articolo 47 dello stesso Regio Editto; e qualora essi chiudano il testamento segreto in un altro foglio di carta che quello sopra cui esso è scritto, dovranno parimenti avvertire di far uso per tale involto di un foglio di carta bollata, perchè il notaio non potrebbe estendere sopra questo foglio, se esso fosse di carta semplice, l'atto di consignazione, senza esporsi al pagamento della multa di lire cinquanta contro i notai pronunziata dal precitato articolo.

Questi ufficiali, quando loro si presenti da un testatore il testamento segreto già chiuso e sigillato, acciò essi devengano al rogito dell'atto di sua consignazione, debbono perciò essere solleciti nel chiedergli se la carta sopra cui esso è scritto, o quella che gli serve d'involto, sia carta bollata, secondo che quell'atto dovrà essere scritto, o sopra quest'ultima, o su quella che contiene il testamento.

5.° Vuole l'articolo che la carta in cui sta scritto il testamento, o quella che le servisse d'involto sia *chiusa e sigillata*, nello stesso modo con cui il precitato articolo 976 del codice civile francese disponeva nei termini seguenti: « Sera le papier qui contiendra ses dispositions (quelle del testatore), ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé. »

Questi ultimi vocaboli, ai quali il precitato articolo 9 dell'Ordinanza del 1735 aggiungeva le parole dicenti *avec les précautions en tels cas requises et accoutumées* (espressioni queste che non furono mantenute nel precitato articolo 976 del nuovo codice francese) fecero ben tosto nascere la quistione « se sia nullo un testamento segreto per ciò solo che il testatore od il notaio, nel chiudere la carta sopra cui esso è scritto, ovvero quella che vi serva d'involto, abbiano fatto uso di ostia (detta volgarmente presso di noi *ubiadi*, ed in francese *pain à cacheter*) od anche di cera lacca, senza impiegare un sigillo con impronta. »

Dissi *se sia nullo* un testamento segreto nelle surriferite circostanze, giacchè la quistione eccitatosi, e che mi propongo di trattare, non si raggira sulla *regolarità* od *irregolarità* soltanto di un tale atto, e quand'anche essa risolversi dovesse in senso negativo, non potrebbe mai troppo raccomandarsi ai notai che ricevono testamenti segreti di vegliare a che la carta che li contiene o quella che loro serve d'involto, sia sigillata con cera lacca e con un sigillo che porti un'impronta distinta, e per quanto si può straniera alla loro persona ed ufficio, se il testatore non possenga un sigillo suo proprio, con descrivere esattamente detta impronta nell'atto di consegnazione.

L'importante ministero che essi eserciscono, e la fede che in tale esercizio ripone la legge, confidando loro il sacro deposito delle più rilevanti disposizioni e convenzioni umane, dee renderli quanto mai solleciti nel dare agli atti per essi ricevuti, non che le forme che la legge premenzionata esige per la loro validità, ma quelle altresì che meglio ne assicurino l'efficacia e nell'evitare perfino il più leggiero dubbio, e direi la possibilità del menomo abuso per essi fatto di tale confidenza; e mi compiaccio di potere qui rendere testimonianza alla pratica dai migliori, e dalla più gran parte de' notai già adottata di sigillare i testamenti che chiamavano di nuncupazione implicita

nel modo qui sovra espresso, e con tutte le cautele opportune ad allontanare ogni sospetto che la carta testamentaria avesse potuto essere estratta dal piego in cui essa era rinchiusa.

Il primo ad occuparsi della qui sovra proposta controversia *1 fu il presidente Malleville, il quale, nelle sue osservazioni sul precitato articolo 976 del codice civile francese (quantunque siasi disputato sulla vera quistione che egli trattò), dicendo che quell'articolo aveva soltanto voluto che il piego fosse *clos et fermé* in modo che non potesse estrarsi, senza lacerazione di esso, la carta testamentaria, risolveva al certo in senso negativo la controversia premenzionata.

La di lui opinione venne seguita dal sig. Grenier nella prima edizione del suo trattato sulle donazioni e sui testamenti; *2 ma la Corte di Cassazione avendo con una sentenza del 7 agosto 1810 *3 rigettata la dimanda in cassazione di una sentenza della Corte di Douai la quale aveva dichiarato nullo un testamento mistico, perchè, nel chiuderlo, il notaio non avesse fatto uso di un sigillo con impronta, e ciò seguendo l'opinione del sig. Merlin *4, abbracciata parimente dai signori Toullier *5, Duranton *6, Favard *7 e Delvincourt *8, il prelodato sig. Grenier nella seconda edizione del suo trattato finì per accostarsi all'avviso di questi scrittori.

Non narrerò qui gli argomenti che in favore e contro siffatti contrarii sistemi vennero dai prelodati giureconsulti, e soprattutto dal celebre sig. Merlin diffusamente addotti, in gran parte desunti dai rispettivi fatti confronti delle prescrizioni contenute nel Codice Civile con quelle dell'antica Ordinanza sui testamenti.

È facile il sentire che in siffatta discussione il principale punto controverso raggiravasi sull'intelligenza del vocabolo *scellé* che,

*1 Dopo la pubblicazione del nuovo codice, giacchè essa era stata anticamente trattata da Ricard e Furgole.

*2 N.º 261.

*3 Riferita nella Raccolta del Sirey, anno 1810, tom. 4, pag. 353.

*4 Repert., v.º Testament, sez. 2, § 2, art. 3, num. 1.

*5 Tom. 3, pag. 138, num. 465.

*6 Tom. 5, pag. 54, num. 124.

*7 Rep. v.º Testament, sez. 1, § 4, num. 4.

*8 Tom. 2, pag. 306.

alcuni dei prelodati scrittori, seguendo la dottrina del Furgole, dicevano sinonima della parola *cacheté*, e che gli altri sostenevano inchiudere l'uso di un vero *sigillo con impronta*, e sull'intelligenza di quel vocabolo *sceau* che dai Compilatori del Dizionario Generale di Diritto moderno *1 venne quindi definito coi termini seguenti: « Type sur lequel sont gravés en creux
« les marques ou signes qu'une personne s'est appropriés comme
« un attribut, ou qui représentent les armes de l'état et indiquent le titre de l'autorité publique qui doit l'employer. Ce
« terme se dit aussi de l'empreinte même produite par le sceau. »

Preso in questo senso il vocabolo *scellé*, impiegato dal legislatore francese nel succitato articolo 976, certamente forza era il convenire che egli avesse prescritto doversi *far uso di un sigillo con impronta*, e siccome l'osservanza delle formalità in quell'articolo stabilite era dall'articolo 1001 prescritta a pena di nullità del testamento, con ragione aveva la Corte regolatrice approvata la massima sancita dalla Corte di Douai nella succitata sentenza.

A questo argomento aggiungevasi quello di una pretesa inutilità del vocabolo *scellé* dopo la parola *clos*, se il detto vocabolo non dovesse ricevere l'interpretazione qui sovra additata.

Il sig. Toullier, nel luogo qui sovra accennato, cita una sentenza della Corte di Bruxelles con cui la controversia sia stata risolta nel senso adottato dalla Corte di Cassazione, in data detta sentenza del 19 febbraio 1828; ma il sig. Vazeille *2, riferito l'argomento che il sig. Merlin desume dalla necessità di evitare ogni pericolo di sottrazione o surrogazione della scheda testamentaria dicendo: « Tout le monde sait avec
« quelle facilité certains hommes savent ouvrir et renfermer,
« sans qu'il en reste le moindre vestige, des papiers qui ne sont
« clos qu'avec de la cire ou du pain à cacheter sans empreinte », osserva non senza qualche ragione che, se siffatto riflesso bastasse per decidere che la legge, nei vocaboli *clos et scellé*, esige, a pena di nullità del testamento segreto, l'impiego di un sigillo *con impronta*, converrebbe anche sostenere col sig. Merlin che il notaio non possa, sotto la ridetta pena, *impiegare il sigillo di lui proprio*, e cita una sentenza della Corte

*1 Al v.º *Sceau*.

*2 Tom. 2, art. 976, num. 4.

di Cassazione dell' 8 febbrajo 1820, con cui venne rigettata la censura fatta ad un'altra sentenza della Corte d' Appello d'Aix, la quale validato aveva un testamento chiuso dal notaio nel modo testè accennato.

Lo stesso autore, il quale segue l'opinione del Presidente Malleville, e dice che il signor Grenier troppo facilmente sacrificò all'autorità del signor Merlin la prima sua dottrina, la riferisce ancora adottata da una sentenza della Corte d'Angers del 19 febbrajo 1824.

Dalle cose che vengo di narrare sullo stato della giurisprudenza francese intorno alla controversia qui sovra proposta, vedranno i miei leggitori che, se sulla medesima esternar si dovesse una opinione, in relazione al disposto nell'articolo 976 di quel Codice, la risoluzione di essa potrebbe presentare qualche dubbio, sebbene il Senato di Nizza nella decisione del 19 settembre 1821 referente D. Spitalieri nella causa *utrinque Viale* *1 abbia detto che, giusta la giurisprudenza invalsa in Francia, i vocaboli *clos et scellé*, impiegati nell' articolo 976 di quel Codice « ita procul dubio sunt intelligenda ut testamenta sint quomodo documque clausa, et obsignata *absque peculiari signo*, dummodo aperiiri sine fractura et vestigio nequeant. »

E la stessa difficoltà io incontro a pronunziare una opinione, relativa a quanto prescrive la prima parte del nostro articolo, giacchè i vocaboli *sarà chiusa e sigillata*, sul di cui senso tutta si aggira la controversia, sono sinonimi delle parole *sera clos et scellé*, sulla di cui intelligenza cotanto si dissertò dagli scrittori legali francesi; e nello stesso modo con cui, in Francia, si sostenne che il vocabolo *scellé* potesse ravvisarsi sinonimo della parola *cacheté*, rimane a decidersi se il Legislatore nostro Sovrano abbia fatto uso del vocabolo *sigillata* nel senso di lui proprio e tecnico, ovvero in quello che gli attribuisce l'uso comune *2.

Un divario tuttavia, essenzialissimo a mio avviso, che io rilevai tra le prescrizioni contenute nel nostro articolo, e quello che soltanto racchiude il più volte citato articolo 976 del Codice

*1 Riferita nella Raccolta del signor Avvocato Duboin, serie dei testamenti, vol. 1, pag. 197, e seg., vers. *Iure clausum*.

*2 Come quando si dice che una lettera è sigillata, o che venne rimessa a sigillo alzato.

civile francese mi fa certo non essere stata mente del Sovrano Legislatore nostro che, *a pena di nullità del testamento segreto*, dovessesi nel sigillarlo, dal testatore o dal notaio impiegare un sigillo con impronta.

La legge francese, nel prescrivere al notaio le menzioni che egli dee fare nell'atto di consignazione (*souscription*), non accennava che alla dichiarazione fatta dal testatore di non potere sottoscrivere tale atto nel caso di qualche sopravvenutogli impedimento.

Il nostro articolo per contro vuole, nel secondo e nel terzo alinea, che il notaio faccia espressa menzione della dichiarazione del testatore che la carta da lui presentata contiene il suo testamento, e che questa carta fu presentata già chiusa o sigillata, ovvero che fu chiusa e sigillata nell'atto della presentazione, *indicando anche il numero degli apposti sigilli*.

Io tengo per fermo che i Compilatori del nostro Codice avessero dapprima creduto di stabilire che l'indicazione di che si tratta dovesse comprendere egualmente quali fossero le impronte dei sigilli come il numero dei medesimi.

Essersi quindi osservato che, *non essendo l'impronta prescritta a pena di nullità*, come di essa non se ne parlasse nel Codice francese, fosse pericoloso il far dipendere da una erronea descrizione della medesima la nullità del testamento segreto; ed essersi per questo motivo ristretta la menzione prescritta al notaio, da farsi nell'atto di consignazione di detto testamento, al numero degli apposti sigilli, senza parlare della loro impronta.

Io non revoco perciò in dubbio che, sotto l'impero del nostro Codice, non potrebbe impugnarsi come nullo un testamento segreto per ciò solo che nel chiuderlo e sigillarlo, o con ostia o con cera lacca, non si fosse fatto uso di un sigillo con impronta.

Ciò non toglie tuttavia che siffatto uso sia, come ho sovra avvertito, molto commendevole, e che i Magistrati, quando esso non sia stato adottato, debbono essere più solleciti nella disamina degli altri dati che, in ciascheduna causa, possono dedursi dal tenore degli atti di consegna e di apertura dei testamenti segreti, tendenti a giustificare o ad escludere l'identità delle schede testamentarie.

4.º Il Codice civile francese il quale nell'articolo 971, non esige la presenza che di quattro testimonii nei testamenti pub-

blici, vuole nell' articolo 976 che la carta contenente la disposizione testamentaria sia dal testatore presentata al notaio chiusa e sigillata in presenza di *sei testimonii*, o che egli la faccia chiudere e sigillare in loro presenza.

Nella nota prima all' articolo 745 ho accennato il motivo per cui i romani legislatori avevano fissato *a sette* il numero dei testimonii che dovessero intervenire nei testamenti detti di nuncupazione esplicita, regola questa che venne mantenuta nella legge *Hac consultissima* 21 del Codice al titolo *De testam.*, rispetto ai testamenti di nuncupazione implicita o segreti.

I legislatori di altri Stati, mantenendo la regola suddivisa, ravvisarono nell' intervento necessario di sette testimonii nei testamenti un mezzo onde guarentire atti così importanti da ogni sorpresa, frode e supposizione.

E siccome più complicata si è l'operazione del testamento alla forma segreta, e maggiori cautele si esigono, rispetto a questo testamento, per antivenire alle frodi, si è perciò che il Legislatore francese esigeva, negli atti di consegnazione del medesimo, il numero di sei testimonii.

Il Sovrano Legislatore nostro riconobbe la necessità di siffatte maggiori cautele, e di meglio provvedere al più frequente ricorso che, quanto ai testamenti segreti, può rendersi necessario alle deposizioni dei testimonii; ma credette a tale scopo sufficiente il portare a cinque il numero dei testimonii che intervenir debbono negli atti di loro consegnazione, a vece delli quattro la cui presenza soltanto è voluta per quelli pubblici dal succitato articolo 745.

5.° Nella nota seconda all' articolo 749 ho avvertito come il Codice civile francese, occupandosi dei testamenti pubblici, dopo di avere nell' articolo 974, prescritto che questi testamenti fossero sottoscritti dai testimonii, faceva nello stesso articolo una eccezione per quelli fatti *nelle campagne*, contentandosi che un solo dei due testimonii sottoscrivesse se il testamento era ricevuto da due notai, e della sottoscrizione di due dei quattro testimonii intervenuti nel testamento ricevuto da un solo notaio.

L'articolo 976 dello stesso Codice relativo ai testamenti segreti, volendo che essi fossero presentati quanto meno a sei testimonii, soggiungeva doverc l'atto di presentazione essere sottoscritto tanto dal testatore e dal notaio come dai testimonii, senza fare, rispetto a questi testamenti, l'eccezione relativa a

quelli ricevuti *nelle campagne*, sancita come sovra nel precisato articolo 974.

Questo silenzio dava luogo alla controversia se siffatta disposizione eccezionale fosse anche applicabile ai testamenti ultimamente menzionati.

Il presidente Malleville, per identità di ragione, opinava bastare per la validità degli atti di loro consignazione che, nelle campagne, tre delli sei testimoni sottoscrivessero tali atti; ma contro la sua opinione insorgevano i signori Merlin, Favard, Grenier, Toullier, Delvincourt, Duranton, ed in questo senso pronunziavano la Corte di Liegi con due sentenze de' 29 agosto 1806, e 29 maggio 1808, la Corte di Bordeaux con una sentenza confermata il 20 luglio 1809, e la Corte di Pau con altra del 19 dicembre 1819.

Ed ecco troncata col disposto nella prima parte di questo articolo anche siffatta controversia, nel risolvere la quale, il Sovrano Legislatore si attenne al savio divisamento per esso adottato nel citato articolo 549 (come osservai in detta nota seconda sul medesimo) dipartendosi da quella *distinzione di luoghi* che, in Francia, fu parimenti sorgente di dissidii e di liti, e stabilendo che fra i cinque testimoni chiamati ad assistere all'atto di consignazione del testamento segreto, *tre almeno siano in caso di sottoscrivere*.

6.º Il testatore (così nel primo alinea dell'articolo) dichiarerà *al notaio in presenza dei testimoni* che il contenuto in quella carta è il suo testamento.

L'articolo 976 del codice civile francese, il quale contiene la stessa disposizione, dopo i vocaboli, *il suo testamento*, soggiunge: *écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui*.

Il Legislatore nostro Sovrano si limita ad esigere che, negli atti d'ultima volontà, sì pubblici che privati, le dichiarazioni del notaio, o del testatore, di cui deesi fare menzione, siano quelle che riguardano fatti *fuggitivi*, come la dichiarazione di volontà e la lettura nel testamento pubblico, e la dichiarazione accennata in questo primo alinea rispetto al testamento segreto: quanto a quei fatti *permanenti*, i quali risultano dal testamento istesso, quale si è quello se il medesimo sia scritto dal testatore, o da un terzo, e da quello soltanto sottoscritto, il nostro Codice non ne esige la di lui dichiarazione.

L'atto di consignazione di un testamento segreto è necessariamente rivestito di tante minuziose formalità, delle quali come dirctte ad antivenire alle frodi, dovette il Legislatore prescriverne l'osservanza a pena di nullità, che non si può a meno di encomiare il divisamento del preclodato Legislatore nel diminuirne il numero quanto far si possa senza alterarne lo scopo ed il fine; il nostro Codice non esige perciò che il testatore dichiari al notaio se il testamento sia stato scritto da lui o da un terzo, e si appaga della di lui dichiarazione che il contenuto nella carta che esso presenta al notaio è il suo testamento.

7.° Vuole l'articolo che la premenzionata dichiarazione sia fatta dal testatore *al notaio in presenza dei testimoni*, nello stesso modo, con cui l'art. 747, relativo al testamento pubblico, esige che « il testatore, *in presenza dei testimoni*, dichiarì la « sua volontà al notaio. »

Nella nota 4.^a al detto articolo 747, ho diffusamente trattata la controversia se, nella menzione ultimamente accennata, si possano o non ammettere *le espressioni equipollenti*, ed ho dimostrato che, malgrado la contraria opinione del sig. Merlin, l'ultimo stato della giurisprudenza francese aveva ammesso il sistema d'equipollenza, come quando il notaio, a vece di dire *al notaio in presenza dei testimoni*, siasi espresso coi termini dicenti *in presenza del notaio e dei testimoni*.

I riflessi da me fatti in detta nota, e l'opinione che in essa io ho esternata, ricevono la più esatta applicazione alla formalità in questo alinea stabilita, e segnatamente quello che la legge, non esigendo in proposito l'uso di quei *sacramentali vocaboli* che essa impiega, sia ognora adempiuto a quanto essa prescrive tuttavolta che le espressioni dell'atto provino siffatto adempimento; aggiungerò inoltre che il sistema di detta equipollenza veniva applicato all'atto di presentazione del testamento *mistico* dalla Corte d'Appello in questa città sedente con una sua sentenza profferta il 5 dicembre 1806 nella causa Audifredi contro Chia-vassa *1, alla quale il sig. Vazeille *2 ci dice essere state conformi una decisione della Corte di Cassazione di Francia del 7 aprile stesso anno (pronunziata però sovra un testamento anteriore al Codice Civile, ma le cui disposizioni erano in proposito

*1 Riferita nella Raccolta dell'Accademia, vol. 6, pag. 23.

*2 Tom. 2, art. 976, pag. 482, num. 11.

conformi a quelle dell' Ordinanza del 1735), una sentenza della Corte di Bordeaux del 5 maggio 1808 ; ed un' altra della Corte di Tolosa del 19 giugno 1830.

Ma se, per la menzione della dichiarazione fatta dal testatore contenere la carta che egli presenta al notaio il suo testamento, la legge non esige l' impiego dei termini identici in essa scritti, e si appaga di espressioni equipollenti, non vi è dubbio che, se l'atto di consegnazione di un testamento segreto contenesse soltanto la menzione che il testatore ha presentata al notaio la carta *contenente le disposizioni da lui fatte*, senza che risulti della relativa *dichiarazione* dallo stesso testatore fattane, siccome il notaio nelle espressioni premenzionate non certificherebbe che una opinione od una scienza sua propria, il testamento mancando di una delle sue più essenziali formalità, la cui osservanza è dall' art. 802 prescritta a pena della nullità del testamento medesimo, non potrebbe essere sottratto agli effetti di quella prescrizione irritante.

8.° Prosegue l' articolo a tracciare le formalità da osservarsi nell' atto di consegnazione del testamento segreto, e nel secondo alinea vuole che la carta o scheda contenente le disposizioni testamentarie *sia consegnata al notaio in presenza dei testimoni*.

L' articolo 976 del codice civile francese, da cui venne desunto (come ho detto qui sopra) il presente nostro, si prevalse del vocabolo *présentera* dicendo: « le testateur le présentera » (le papier qui contient ses dispositions) . . . au notaire et à « six témoins; et il déclarera que le contenu en ce papier est « son testament, écrit et signé de lui, ou écrit par un autre « et signé de lui ».

Ho già rilevato nella nota 6.a qui sopra che il Sovrano Legislatore nostro, intento a semplificare quanto sia possibile le formalità dell' atto di consegnazione del testamento segreto, non esige dal testatore la dichiarazione se egli abbia scritto e sottoscritto o fatto scrivere da un terzo, e soltanto sottoscritto il detto testamento, trattandosi di un fatto *permanente*, sempre verificabile colla oculare ispezione della scheda testamentaria.

Anche il detto vocabolo *présentera* diede luogo a controversie sul punto se le parole *ha rimesso* a me notaio equivalessero a quelle dicenti *ha presentato* a me notaio un piego che dichiarò contenere il suo testamento, quistioni, la cui risoluzione di-

pende dall' ammessibilità, o non, del sistema dell' *equipollenza* da me spiegato nella nota 4.^a all' art. 747 e nella nota precedente.

Il signor Vazeille *1 citando il signor Merlin *2 ed altri autori più volte nominati, dice che siffatte controversie diedero luogo a molteplici decisioni della Corte regolatrice non tutte fra di loro conformi; e soggiunge riconoscersi generalmente che i vocaboli *ha rimesso* siano identici di quelli *ha presentato*, citando tre decisioni della Corte regolatrice del 7 aprile 1806, del 15 luglio successivo e dell'11 maggio 1811 ed una sentenza della Corte di Bruxelles del 15 giugno 1815 che abbiano in questo senso pronunziato.

Quantunque i vocaboli *ha rimesso* più facilmente equivalgano a quelli *ha presentato* di quello che il dire che Tizio *ha presentata* al notaio una carta chiusa e sigillata che dichiarò contenere il suo testamento, preso isolatamente, potrebbe ravvisarsi una espressione identica con quella della *fatta consegna* al notaio predetto, io porto così ferma opinione che il sistema dell' *equipollenza* sarà quello che, nelle quistioni sulla validità o nullità dei testamenti, verrà dai Magistrati nostri Supremi adottato nella consueta loro giustizia ed equità (giusta la massima nel foro ricevuta di mantenere le ultime volontà dei morenti tuttavolta che della verità loro non insorga dubbio e rispetto alle forme, ciò far si possa senza una patente contravvenzione alla legge, e ciò sia in riguardo dei testamenti segreti, che intorno a quelli pubblici), che reputo superfluo lo internarmi nella disamina della giurisprudenza francese emergente dalle decisioni citate dal prelodato autore.

9.^o La quistione può presentare maggiore difficoltà allorquando l'atto di consegna non contenga in modo alcuno l'espressa menzione che il testatore ha *consegnato, presentato o rimesso* al notaio in presenza dei testimoni il piego che dichiarò contenere il suo testamento; ma di questo piego si parli soltanto come esistente al momento della compilazione dell'atto o verbale, senza dire da chi fosse prima ritenuto e da chi sia stato presentato, come nella specie che vengo a riferire.

Sembra in vero pressochè impossibile che, quando un notaio, per adempiere al disposto dalle tre prime parti di questo

*1 Tom. 2, pag. 482, art. 976, num. 10. -

*2 Repert. v.^o Testament, sez. 2, § 3, art. 5, numm. 7 e 11.

articolo, non ha che a dire « essersi nanti lui, ed alla presenza di « (quattro testimonii) personalmente costituito Tizio il « quale, alla presenza di detti testimonii *gli abbia presentata e* « *consegnata una carta od un piego che dichiarò contenere il* « *suo testamento*, già chiusa e sigillata con numero si- « gilli, ovvero richiedendo di chiuderla e sigillarla », ad una così semplice narrativa possano sostituirsi altre espressioni che facciano nascere il dubbio se siffatta presentazione o consegna eseguita dal testatore al notaio abbia o non avuto luogo.

L'esperienza tuttavia ci insegna essere ciò avvenuto nei testamenti di cui sto per far cenno, fatti sotto l'impero del Codice civile francese, o dell'antica Ordinanza del 1755, la quale sulle forme del testamento segreto, conteneva a un dipresso le stesse prescrizioni che vennero quindi sancite nel Codice predetto.

L'atto di presentazione del testamento della damigella Cigna-Santi del 24 dicembre 1805, era, nelle parti che riflettono la presentazione al notaio, concepito nei termini seguenti *1: « Personalmente comparsa avanti me notaio, ed alla presenza dei testimonii sottoscritti, la quale, si è disposta di « fare come essa fa *questo suo testamento* chiuso e sigillato, « nel quale essa ordina e dispone in tutto e per tutto « come rimane espresso nello scritto quivi chiuso »

Gli eredi legittimi della testatrice impugnarono come nullo questo testamento perchè non risultasse della presentazione fattane dalla medesima al notaio, e la sentenza del tribunale di prima istanza di questa metropoli che lo dichiarava nullo, veniva confermata dalla Corte d'Appello con altra del 2 giugno 1810.

Gli eredi testamentarii denunziavano questo giudicato alla Corte di Cassazione sedente in Parigi, la quale, colla sentenza proferta dalla classe civile il 28 dicembre 1812, rigettava la loro dimanda sul riflesso che « i giudici d'appello avendo ravvisato, « ed essendo di fatto dubbio *se la testatrice avesse fatto chiu-* « *dere e sigillare* il testamento dal notaio alla presenza dei te-

*1 Le clausole di quell'atto di presentazione vengono tradotte in lingua francese dal signor Sirey nella sua Raccolta dell'anno 1815, vol. 1, pag. 369 e seguenti, ove egli riferisce in intero i motivi delle sentenze del Tribunale di prima istanza e della Corte d'Appello, ed i mezzi di difesa dalle parti impiegate nanti la Corte Regolatrice, non meno che i motivi della sua decisione.

« stimonii, avessero potuto, senza eccesso di facoltà decidere
« che il voto della legge non era stato riempito. »

Nell'atto del 5 aprile 1806 di presentazione del testamento della damigella Buvet, il notaio, dopo di avere certificata la comparizione della testatrice avanti lui ed alla presenza di sei testimonii, soggiungeva: « *laquelle a déclaré que sous cette enveloppe se*
« *trouvait son testament mystique ou secret qu'elle a fait écrire ;*
« *mais qu'elle a lu à son loisir et signé de sa main, comme*
« *contenant ses dernières dispositions qu'elle entend être exé-*
« *cutées ; pourquoi elle l'a fait mettre sous cette enveloppe et*
« *cacheter pour laisser le paquet à la garde dudit Ruffo notaire,*
« *dont acte* »

La Corte di Cassazione, pronunziando, con sentenza del 7 agosto 1810 *1, sulla dimanda in riforma di quella della Corte di Douai che aveva dichiarato nullo il testamento, faceva un passo di più che nella sentenza del 1812 qui sovra riferita, considerando che la predetta sentenza della Corte d'Appello « lungi dall'essere in
« contraddizione coll'articolo 976 del Codice Napoleone, con-
« tenevano una legittima applicazione, essendo fondata sul fatto
« in essa dichiarato che la presentazione del testamento fatta
« dalla testatrice al notaio ed ai testimonii non risultasse dai
« termini dell'atto . . . »

Tuttavia altre decisioni della Corte Suprema di Francia ravvisarono validi testamenti segreti i cui atti di presentazione erano concepiti in termini a un dipresso simili, fra i quali possono annoverarsi la sentenza dell' 8 agosto 1806 *2, quella del 12 maggio 1817 *3, ed altra del 22 dello stesso mese *4.

Questa incertezza della giurisprudenza francese sulla quistione ora discussa può avere un motivo nel riflesso che l'articolo 976 di quel Codice vuole bensì che *il testatore presenti il testamento al notaio ed a sei testimonii*, ma non esige che il notaio predetto faccia menzione di tale presentazione dicendo soltanto: *le notaire en dressera l'acte de souscription.*

Il nostro articolo esigendo per contro nel seguente alinea (ed a pena di nullità del testamento giusta l'articolo 802) che

*1 Riferita dal Denevers nella sua Raccolta di detto anno, parte prima, pag. 377.

*2 Citata dal signor Vazelle, tom. 2, pag. 485, n. 15.

*3 Merlin, Rép., v.º Testament, sez. 2, § 3, art. 3, num. 8.

*4 Sirey, an. 1818, tom. 1, pag. 210.

il notaio « faccia menzione non solo della dichiarazione del testatore che la carta presentata contiene il suo testamento, ma altresì che la carta *fu presentata* chiusa e sigillata, ovvero che fu chiusa e sigillata nell'atto della presentazione, indicando anche il numero degli apposti sigilli » il difetto di tale presentazione, e della relativa menzione, importerebbe tanto maggiormente la nullità del testamento, che ciò venne già riconosciuto, per un testamento alla forma mistica fatto durante l'osservanza della legge *Hac consultissima*, da questo Supremo Magistrato nella decisione del 21 marzo 1828, referente D. Roberi nella causa Biolla contro Angelino (1).

Non si può abbastanza raccomandare ai notai di attenersi, negli atti di consegnazione di testamenti segreti, alla formola così facile, qui sovra additata, od altra che chiaramente esprima *la presentazione ad essi fatta dal testatore in presenza dei testimoni* della scheda testamentaria chiusa e sigillata con numero... di sigilli, ovvero che essa venne per essi notai alla richiesta di detto testatore chiusa e sigillata, *il numero dei sigilli apposti*, e parimenti *la dichiarazione* dallo stesso testatore ad essi fatta in presenza sempre di detti testimoni, che il contenuto in quella carta è il suo testamento.

10. Abbiamo veduto qui sovra che l'articolo 976 del codice civile francese, dopo di aver fatto cenno della presentazione della scheda testamentaria, fatta dal testatore al notaio ed a sei testimoni, soggiunge: « *Le notaire en dressera l'acte de souscription qui sera écrit sur ce papier (contenant les dispositions) ou sur celui qui servira d'enveloppe.* » Ma l'articolo 979 dello stesso codice, prevedendo il caso in cui il testatore non potesse parlare, ma potesse scrivere, dopo di avere prescritte le peculiari forme in tale caso necessarie, diceva: *après quoi le notaire ECRIRA l'acte de souscription.*

Il confronto di queste disposizioni faceva ben tosto nascere la controversia, se in tutti gli atti di presentazione di testamenti segreti, fosse necessario che questi atti fossero scritti dal notaio di propria mano, ed anche in proposito divergente era l'opinione degli autori francesi.

*1 Riferita nella Raccolta del Sig. Avv. Duboin, serie dei testamenti, vol. 1, pag. 10 e seguenti, nella quale è pure citata quella del 5 febbraio 1820, ref. D. Doudou, nella causa utrinque Paroletti.

I signori Grenier *1, Toullier *2 e Delvincourt *3 opinavano che l'atto di presentazione dovesse sempre essere *scritto dal notaio di propria mano*. Il sig. Malleville però nelle sue osservazioni sull'articolo 976 del codice civile francese, aveva opinato che non potesse dichiararsi nullo un testamento segreto per ciò solo che l'atto della sua consegnazione non fosse scritto dal notaio di propria mano, ed il sig. Duranton abbracciava quest'opinione *4, osservando esservi un divario tra il testamento pubblico e l'atto di sottoscrizione di quello segreto, il quale atto non è il testamento medesimo.

Lo stesso dubbio essendosi eccitato presso di noi, atteso che il secondo alinea ora commentato del nostro articolo impiega il vocabolo *scriverà*, esso venne risolto colle regie patenti del 10 marzo 1840, con cui S. M. degnavasi di spiegare che la disposizione di detto secondo alinea era stata soltanto diretta ad indicare che l'atto di consegnazione del testamento *deve essere scritto sulla carta medesima del testamento*, ovvero su quella che gli serve d'involto, e non già ad ordinare che tale atto debba essere scritto di proprio pugno del notaio, come manifestamente si appalesa raffrontando tale disposizione con quella degli articoli precedenti relativi al testamento pubblico, pel quale, sebbene potessero concorrere maggiori motivi, tuttavia non si è creduto d'imporre al notaio l'obbligo di scriverlo di propria mano. Dichiarava perciò la M. S. non essere stata, nè essere sua mente, colla disposizione di questo articolo, di ordinare che l'atto di consegna dei testamenti segreti abbia ad essere scritto di mano propria del notaio che lo riceve, bastando che si conformi alle leggi vigenti sul notariato.

11. Una parte delle formalità dell'atto di consegnazione del testamento segreto di cui ho fatto cenno nelle note precedenti, è nel novero di quelle, a cui potendo adempiersi con *termini equipollenti*, la legge e la giurisprudenza ricevuta largheggiano nel ravvisarle eseguite; quelle di cui passo ad occuparmi sono di maggior rigore, e la loro omissione importerebbe certamente la nullità dei testamenti.

*1 Tom. 1, num. 271 e 272.

*2 Tom. 3, num. 481.

*3 Tom. 2, pag. 307.

*4 Tom. 5, num. 124.

Di questa natura è senza dubbio, a mio avviso, l'obbligazione imposta dal già citato secondo alinea dell'articolo al notaio di estendere l'atto di consegna del testamento segreto sulla carta medesima presentatagli dal testatore, e contenente le di lui disposizioni, o sovra quella che le servisse d'involto.

Nel rigoroso adempimento di questa formalità meglio che in qualunque altro mezzo anticamente praticato onde accertare che la scheda testamentaria non avesse potuto essere svelta dal minutarlo del notaio, il Legislatore ravvisa una maggiore cautela della conservazione e dell'identità della scheda premenzionata.

Quando adunque l'atto di consegna fosse scritto sovra un *foglio separato*, qualunque certezza di non seguita surrogazione, e così della *identità* della scheda testamentaria e della *verità* delle disposizioni che essa racchiude, non potrebbe autorizzare il giudice a dichiarare valido un testamento, in cui non fosse stata eseguita una formalità, così imperiosamente prescritta dalla legge, e che l'articolo 802 vuole sia osservata a pena di nullità del testamento.

In conformità di questi principii pronunziava la Corte d'Appello sedente in questa capitale colla sentenza per essa profferta il 25 gennaio 1805 (5 piovoso, anno XIII) nella causa Bergonzi contro Magnanini *1, e questa verità fu così poco in Francia rievocata in dubbio, che gli autori moderni che l'accennano, non trovansi nel caso di citare altre decisioni delle Corti d'Appello o di quella di Cassazione di quello Stato, che siano state necessarie per mantenere in tal parte l'esecuzione dell'articolo 976 di quel codice a cui è il nostro conforme. Nè ad escludere la nullità di un testamento, il di cui atto di consegna fosse stato esteso come sovra in un *foglio separato*, gioverebbe il dire che il testatore abbia presentata al notaio la scheda testamentaria chiusa e sigillata con una piegatura siffatta, che impossibile riescisse lo estendere sulla parte esterna di essa l'atto di consegna; locchè accadendo il notaio dee far presente al testatore tale impossibilità ed il disposto dalla legge, ed informandolo della necessità di piegare altrimenti quella carta, qualora il testatore predetto non volesse a quanto sovra consentire, ovvero lasciare che il piego venisse nuovamente chiuso e sigillato dal notaio predetto in modo conveniente, dovrehbe

*1 Riferita nella Raccolta dell' Accademia, Vol. 6, pag. 22.

quest'ultimo ricusare di ricevere un atto che sarebbe fatto in manifesta contravvenzione alla legge, e perciò radicalmente nullo.

Sottile in vero, ma più speciosa che solida era la distinzione con cui la legataria damigella Magnanini nella qui sovra narrata causa, ammettendo l'*irregolarità dell'atto di consegnazione*, contestava la nullità del testamento, dicendo che l'art. 1001 non parlasse che delle formalità a cui i testamenti erano assoggettati, e non di quelle dell'*atto di presentazione*, ed i primi non il secondo dichiarasse nulli nel caso d'inosseranza delle formalità predette, e pretendeva desumere dall'articolo 796 del codice francese argomento per sostenere, che quel legislatore avesse considerate quali cose distinte il testamento segreto e l'atto di sua presentazione. Ma la prelodata Corte d'Appello rigettava saviamente un tale mezzo di difesa, osservando non essere il giudice autorizzato ad ammettere distinzioni dove la legge non distingue, e che lo scopo del legislatore nella sanzione penale da lui sancita era di colpire di nullità tutte indistintamente le contravvenzioni commesse a ciò che essa prescrive.

12. Non fa d'uopo notare che, permettendo l'alinea secondo dell'articolo ai notai di estendere l'atto di consegnazione del testamento segreto sulla carta, e così *sovra il foglio* che gli serve d'involto, chiudendosi dal notaio la scheda testamentaria nella metà di un foglio di carta bollata, nulla può ostare a che egli, *sull'altra metà del foglio stesso*, scriva o faccia scrivere l'atto di consegnazione.

Essendo tuttavia questo il mezzo più facile d'esecuzione del prescritto da questo articolo, a perfetta convinzione de' notai meno istruiti, citerò nuovamente la sentenza della Corte d'Appello sedente in questa città, già accennata nella nota 7.^a qui sovra, colla quale venne rigettata del pari la censura che si faceva al testamento del Paolo Audifredi, desunta dacchè il notaio che aveva rogato l'atto di presentazione del medesimo, si fosse, per tale rogito, prevalso della metà di quel foglio di carta bollata da centesimi cinquanta, coll'altra metà di qual foglio egli aveva chiusa e sigillata la scheda testamentaria.

I compilatori del Dizionario Generale di diritto moderno *1

*1 V.º *Acte de souscription*, n. 30.

ci riferiscono che la Corte d' Appello sedente in Genova ha decisa la stessa cosa con una sentenza del 29 dicembre 1810.

13. Tre menzioni esigono dal notaio che riceve l'atto di consegnazione del testamento segreto il secondo ed il terzo alinea di questo articolo, la prima quella della *dichiarazione fatta dal testatore* al notaio in presenza dei testimonii che la carta da lui presentatagli contiene il suo testamento; la seconda che la carta predetta gli venne presentata chiusa e sigillata, ovvero che essa fu chiusa e sigillata nell'atto di presentazione, la terza in fine esprime il numero degli apposti sigilli.

Giovando sempre il raffronto delle prescrizioni sancite dal Sovrano Legislatore nostro con quelle contenute nel codice civile francese da cui esse vennero principalmente desunte, avvertirò di passaggio che questo codice, mentre esso, nell'articolo 972, riflettente il testamento *pubblico*, esige che il notaio faccia espressa menzione dell'adempimento delle formalità che lo riguardano, cioè di quella della *dettatura* eseguita dal testatore, dell'altra dello *scritturato*, e della *lettura* fattane dal notaio, l'articolo 976 dello stesso codice concernente il testamento segreto non prescrive al notaio che ne riceve l'atto di presentazione, *menzione* alcuna in esso, nè della dichiarazione del testatore che la carta stata presentata contiene il suo testamento, nè se essa sia stata scritta o soltanto sottoscritta dal detto testatore, nè se la stessa carta sia stata presentata chiusa e sigillata, o sia stato il sigillamento effettuato nell'atto di presentazione, nè per ultimo del numero degli apposti sigilli.

Questo silenzio del legislatore francese sulla necessità o non delle *menzioni* di cui trattasi dava luogo ad una contrarietà di opinioni fra gli scrittori legali di quella nazione sul punto se esse fossero tuttavia necessarie a pena di nullità del testamento.

Alcuni di essi *1 osservavano, e non senza qualche fondamento, non essere lecito lo aggiungere alla legge sull'adempimento delle formalità di certi atti, e soprattutto quando siffatte formalità sono dalla legge predetta prescritte a pena di nullità degli atti medesimi.

Altri di detti scrittori *2 rilevavano che l'atto di sottoscrizione

*1 Duranton, tom. 5, pag. 35, num. 150.

*2 Delvincourt, tom. 2, pag. 307 e 308.

di un testamento segreto altro non è che il processo verbale constatante i fatti che si passarono nanti il notaio, e soggiungevano non potersi altrimenti riconoscere se il testatore aveva presentata la carta testamentaria al notaio, se egli aveva dichiarato che quella carta conteneva il suo testamento, e che essa era scritta o soltanto sottoscritta da lui, se il notaio predetto non era tenuto di fare, nell'atto da lui ricevuto, menzione della presentazione e dichiarazione preterita *1; e si è sovra questi riflessi che la Corte ad' Appello sedente in questa città *2 con una sentenza profferita il primo febbrajo 1806 nella causa Marengo contro Doglio *3 dichiarava nullo il testamento della Margherita Core, perchè nell'atto di presentazione di esso, il notaio non avesse fatta menzione della dichiarazione, prescritta dall'articolo 976 del codice civile francese, fatta dalla testatrice che il testamento predetto era da lei scritto e sottoscritto.⁽¹⁾

La controversia sulla necessità o non delle menzioni in discorso è una fra le molte che dall'antiveggenza del Sovrano Legislatore nostro vennero tolte di mezzo colle prescrizioni relative in questo articolo sancite.

Stabiliendo il detto presente articolo quali siano i fatti, costituenti l'adempimento delle formalità in esso prescritte, di cui il notaio debba fare menzione nell'atto di consegnazione, la regola secondo cui il Legislatore *quod voluit expressit*, ci addita che l'obbligo della menzione non potrebbe estendersi

*1 I miei lettori vedranno che, se io riferisco, mercè le opportune citazioni, con maggiore attenzione l'opinione degli scrittori, e le decisioni delle Corti francesi sovra quelle controversie che, eccitatesi sul senso di alcune disposizioni del Codice francese, potrebbero anche insorgere sull'intelligenza di quelle corrispondenti del Codice nostro, costante nel mio sistema di non ricercare che l'utilità, io passo leggermente sulle dottrine e citazioni premenzionate, quando le quistioni a cui esse si riferiscono, nate sulla legislazione francese, furono dalla nostra previste e risolte.

*2 Mi compiacco particolarmente di citare le decisioni della Corte d'Appello sedente in questa capitale, come di un patrio magistrato, e perchè l'onorevole menzione che ne fanno gli scrittori francesi prova in qual conto essi tenessero la dottrina dei membri che la componevano.

*3 Riferita nella Raccolta dell'Accademia, vol. 3, pag. 451, ed in quella dei Denevers, an. 1806, pag. 114 del supplim.

agli altri fatti nei precedenti alinea contemplati, come neppure a quello di cui nell'alinea successivo ed ultimo di questo articolo.

Richiamerò qui al lettore l'osservazione di già fatta, ed appoggiata alla dottrina dei migliori scrittori francesi, come pure all'ultima giurisprudenza di quello stato, che la legge nell'adempimento delle formalità che essa prescrive, e della menzione che ne è fatta, non impone a' notai l'obbligo d'impiegare come *sacramentali* i termini da lei usati, e che si ammette l'*equipollenza*, tuttavolta che dalle espressioni dell'atto non possa dubitarsi che il voto della legge venne adempito; ma ripeterò egualmente che non sarebbe permesso al giudice di validare un testamento, quando l'atto di consegnazione di esso difettesse di una delle tre menzioni che questo articolo prescrive, quella cioè della dichiarazione del testatore accennata nel primo alinea, quella che riflette il sigillamento della carta testamentaria, e l'altra che concerne il numero degli *apposti sigilli*; e ciò scbbene diversa fosse la giurisprudenza anteriore al codice come noi abbiamo nella decisione del 20 x.bre 1675, ref. D. Gabuti nella causa *utrinque* Grimaldi di Boglio, riferita nella raccolta del sig. avvocato Duboin *1 versic. *et quamvis allegaretur*.

14. Quando l'atto di consegnazione del testamento segreto è redatto dal notaio con tutte le formalità, e colle menzioni prescritte nelle quattro prime parti dell'articolo, il quarto alinea gli prescrive l'obbligo di sottoscriverlo, di farlo sottoscrivere dal testatore e dai testimonii od almeno da tre di essi, e di farlo sottoscrivere dagli altri; ma la legge non gli impone l'obbligo di *fare menzione* di dette sottoscrizioni e sottosegni come di fatti *permanenti*, e la cui esecuzione può sempre agevolmente riconoscersi dalla copia dell'atto di consegnazione che il notaio spedisce alle parti interessate, ed ove d'uopo colla visione dell'atto originale.

Nella nota seconda, all'articolo 749, ho rilevato il motivo per cui, rispetto ai testamenti pubblici, il Sovrano Legislatore nostro si dipartì dal sistema del codice civile francese, intorno alla qualità di *letterati* od *illetterati* che concorrer debba nei testimonii che debbano o possano intervenire; e nella nota 5.^a

*1 Serie dei testamenti, vol. 1, pag. 74 e seg.

qui sopra ho avvertito come il nostro articolo, determinando quale sia il numero di testimonii, *capaci di fare il loro nome e prenome*, che debbano richiedersi per gli atti di consegna dei testamenti *segreti*, abbia parimente tolta di mezzo una controversia cui dava luogo il silenzio in proposito del codice civile francese, per quanto riguarda questi ultimi testamenti.

Nel riferirmi alle cose dette nelle note premenzionate, limiterommi qui ad osservare che nullo sarebbe senza dubbio un testamento segreto, se nell'atto di consegna di esso il notaio ommettesse o di far sottoscrivere uno dei testimonii capaci di ciò eseguire o di far sottosegnare uno dei testimonii illetterati che, nel numero di due soltanto, possono intervenire, e che qualunque certezza sulla volontà del testatore e sulla identità della scheda testamentaria, non potrebbe autorizzare il giudice a dichiarare valido siffatto testamento.

Per quanto poi concerne la qualità di legatarii od altrimenti *interessati* concorrente nei testimonii che siano chiamati ad intervenire all'atto di consegna di un testamento *segreto*, me ne occuperò commentando gli articoli 800 e 801.

15. Il quinto alinea dell'articolo prevede il caso in cui il testatore, il quale abbia scritta o sottoscritta la scheda testamentaria da lui preparata per farne la presentazione ad un notaio, per un impedimento sopraggiuntoli, come per essersi aggravato il morbo da cui egli è affetto, non potesse più sottoscrivere l'atto della consegna di detto testamento segreto.

Adottando in questo caso il Legislatore nostro Sovrano il disposto dall'articolo 976 del codice civile francese, con una cautela di più, vuole che si osservi quanto è prescritto, intorno al testamento pubblico, nell'articolo 748; vale a dire che il testatore debba *sottosegnare* l'atto di consegna, e qualora egli non possa nemmeno fare il detto sottosegno, che il notaio debba fare menzione « non solo della causa che lo « impedisce, ma altresì della dichiarazione che dovrà farne il « testatore. »

Il precitato articolo 976 si contenta che il testatore dichiari di non potere soscrivere, e che il notaio faccia menzione nell'atto di questa dichiarazione: il nostro articolo vuole di più che; nel caso ivi contemplato, il testatore *sottosegni* l'atto predetto di consegna, e che, qualora egli non potesse nemmeno

sottosegnare, il notaio faccia menzione della dichiarazione fatta dal testatore predetto, non solo di siffatta impotenza, ma altresì della causa della medesima.

16. Tutto ciò, finisce il presente articolo, in tal parte desunto testualmente dal più volte citato articolo 976 del codice civile francese, *si farà di seguito e senza deviare ad altri atti*.

Nella nota 4.^a all' articolo 749 ho detto come la regola sancita in questo alinea dell' articolo, rispetto al testamento segreto, sia desunta dalla celebre legge *Hac consultissima* 21 cod. *De testamentis*, prescrivente dovere siffatto testamento farsi *uno contextu*.

Ho ivi rilevato il diverso senso che a questi vocaboli si dava nella legge precitata e nel § 3 della legge 21 dig. *qui testam. facere possunt*, e narrando la distinzione fatta dal sig. Grenier tra l' unità d' azione e l' unità di tempo, ho rilevato che difficilmente la prima di dette unità può essere pretermessa in un atto che non è il testamento contenente le disposizioni dal testatore ordinate, la cui redazione può prestare all' intrusione di atti estranei, ma un semplice e breve atto di consegna del testamento predetto.

Noterò ora che l' una e l' altra delle unità premenzionate trovansi comprese nei vocaboli *di seguito e senza deviare ad altri atti* in questo alinea dal Legislatore usati.

E ad istruzione di alcuni notai ed altre persone non edotte del diritto romano, avvertirò che, nella legge 28 del codice al citato titolo *De testamentis*, l' imperatore Giustiniano spiegava che la regola come sovra stabilita, che i testamenti dovessero farsi *uno contextu*, non toglieva che potessero aver luogo quelle *momentanee sospensioni* che i bisogni del testatore ivi dettagliatamente annoverati, ed anche qualche accidente sopravvenuto a taluno dei testimonii potessero richiedere.

Il sig. Grenier *1 osserva che la disposizione contenuta nell' articolo 976 dicente « tout ce que dessus sera fait de suite et « sans divertir à autres actes » non riflette la compilazione della *scheda testamentaria*, la quale è indifferente abbia avuto luogo in un' epoca più o meno lontana dalla di lei consegna al notaio.

*1 Cit. tom. 1, n. 265.

Questa osservazione diveniva opportuna in relazione all' articolo 976 precitato, le cui disposizioni comprendono egualmente, così la forma da osservarsi nella redazione della scheda testamentaria, come le solennità volute dalla legge nell' atto della di lei consegna.

Il Legislatore nostro avendo stanziato in un separato articolo (quello precedente) le prescrizioni che riguardano la *scheda testamentaria*, ed il presente articolo non riflettendo che l'atto di consegna della medesima, egli è manifesto che i vocaboli tutto ciò non si estendono alla carta premenzionata.

752. Il testatore che sa leggere, ma non sa scrivere, o che non ha potuto apporre la propria sottoscrizione quando fece scrivere le sue disposizioni, dovrà altresì dichiarare di averle lette, con aggiungere il motivo per cui non le ha sottoscritte, e si dovrà farne espressa menzione nell' atto di consegna.

1.º La legge *Hac consultissima* 21 del Codice di Giustiniano al titolo *De testamentis*, reiteratamente citata nelle note ai due precedenti articoli, la quale dava facoltà a coloro che volessero fare un testamento segreto, di presentare a sette testimonii *scripturam* (contenente le loro disposizioni), *vel ipsius testatoris vel cuiuslibet alterius manu conscriptam*, purchè il testatore dichiarasse ai detti testimonii essere quella scritta il suo testamento, *eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte subscripserit*, faceva eccezione a quest' ultima condizione nei termini seguenti: « *Quod si litteras testator ignoret, vel sub-* »
« *scribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito, ea-* »
« *dem servari decernimus.* »

La disposizione di questa legge, la quale, presso di noi, fino alla pubblicazione del nuovo Codice Civile, formò pressochè l' unica regola pei testamenti segreti, pure dalle antiche leggi francesi, veniva mantenuta dall' articolo 976 di quel Codice, colle maggiori cautele in detto articolo prescritte, e con qualche variazione, seguite dal nostro Codice nei due precedenti articoli.

Prevedeva quindi il francese legislatore, nell'articolo 977, il caso in cui il testatore non sapesse sottoscrivere o non avesse potuto farlo quando fece scrivere da un terzo le sue disposizioni, ed in questo caso gli permetteva tuttavia di valersi della facoltà di fare un testamento segreto, colla cautela stabilita dall'imperatore romano, vale a dire « che debba chiamarsi all'atto « di sottoscrizione (o presentazione) un testimonio di più, il quale « sottoscriva l'atto cogli altri testimonii, volendo però che si « faccia menzione della causa per cui questo teste venne chiamato »; ed ecco il motivo:

La sottoscrizione del testatore alla scheda testamentaria è considerata come una *approvazione* per parte di esso del contenuto nella medesima allorchè questa carta venne scritta da un terzo: ma se il testatore non sa o non può sottoscriverla, e soprattutto in quest'ultimo caso, ravvisare di nessun effetto il testamento che egli fece scrivere da un terzo, e che presentò al notaio, sarebbe privarlo senza sua colpa di un diritto che, per cause troppo plausibili, la legge concede, di disporre per atto d'ultima volontà, in modo però che la disposizione non sia conosciuta che dopo la morte del testatore.

Nella presentazione che egli fa al notaio ed ai testimonii di detta scheda, tuttochè da lui *non scritta nè sottoscritta*, o nella sua dichiarazione che essa contiene il di lui testamento, fatta *coll'intervento di un testimonio di più*, la legge romana ed il succitato articolo 977 del Codice francese trovano una sufficiente *guarentigia della verità del testamento*.

Malgrado questa maggiore formalità, potrebbe a prima giunta sembrare cosa pericolosa il permettere a chi non sappia o non possa nemmeno sottoscrivere il testamento segreto il testare in tale modo, quantunque egli sappia leggere, potendo tale cognizione essere imperfetta ed insufficiente.

Ma ovvia era la risposta non potersi ravvisare così grande il pericolo che taluno si riferisca ciecamente alla fede altrui nel far scrivere da un terzo il suo testamento segreto, se egli non possa, o senza volere accertarsi della verità delle scritte deposizioni, quando la facoltà di che si tratta ha per sè il consenso delle antiche e nuove legislazioni, sia nella precitata legge romana, che nei Codici francese ed altri moderni come quelli delle Due Sicilie e di Parma.

Siccome però l'intervento di un testimonio di più all'atto di

consegnazione, e la menzione della causa di tale intervento, non sono formalità che molto influir possano ad evitare il pericolo che, nella scheda scritta da un terzo, e non sottoscritta dal testatore, possano essere state inserite disposizioni non troppo conformi alla di lui volontà, a siffatte cautele saviamente il Sovrano Legislatore nostro, oltre le altre formalità stabilite nell'articolo precedente, sostituisce la dichiarazione di detto testatore di *avere lette* le disposizioni scritte da un terzo nella carta che egli presenta e consegna al notaio in presenza dei testimoni, e del motivo per cui non ha sottoscritto, imponendo l'obbligo al notaio pre nominato di fare *espressa menzione* di tale dichiarazione nell'atto di consegnazione. »

E sebbene dal raffronto del succitato articolo 977 del Codice civile francese coll'articolo che lo sussegue, appaia che il primo di detti articoli parla del testatore *che sa leggere*, non essendo giammai soverchia la chiarezza della legge, opportunamente vennero questi vocaboli aggiunti nel nostro articolo alla corrispondente prescrizione della legge francese.

Questo articolo essendo compreso fra quelli annoverati nell'articolo 802, non vi è dubbio che, se il notaio che riceve un testamento segreto, non sottoscritto dal testatore e scritto da un terzo, omettesse di fare menzione della dichiarazione del testatore in detto presente articolo voluta, il predetto testamento sarebbe nullo, trattandosi massimamente di una formalità così essenziale, nel cui adempimento soltanto la legge trova una sufficiente sicurezza della verità delle disposizioni d'ultima volontà in tal modo ricevute.

2.º Ma se un testatore, il quale *non sappia leggere*, presentando al notaio un testamento segreto scritto da un terzo e da lui non sottoscritto, *dichiarasse erroneamente* al notaio predetto d'aver letta la carta testamentaria, e che il contenuto in essa è il suo testamento, sarebbe questo colpito da nullità?

Si certamente, non per contravvenzione a questo articolo, giacchè l'atto di consegnazione conterrebbe la menzione e la dichiarazione in esso prescritte, ma perchè l'articolo successivo dichiara che « coloro che non sanno o non possono leggere *non possono fare* alcuna disposizione per testamento segreto. »

Nè per escludere la nullità di siffatto testamento, gioverebbe il dire che il detto articolo 753 seguente non sia nell'articolo 802 annoverato fra quelli la cui osservanza è prescritta a pena di nullità del testamento.

Avvegnachè, se la sanzione penale ed irritante è necessaria allorquando trattasi di prescrizione *imperativa* della legge, con cui si determinano le formalità di certi atti, essa non è necessaria giusta le conosciute massime, quando si tratta di contravvenzione ad una legge *proibitiva*, e soprattutto quando il Legislatore sancisce, rispetto a certe persone, una specie di *incapacità* come nel caso nostro, ben sapendosi che questa importa di pien diritto la nullità dell'atto fatto dall'incapace.

5.° Suppongasi ora che una scheda testamentaria scritta di mano di un terzo e presentata da un testatore il quale, per infermità od altro incommodo, come per causa del tremolo della mano, non abbia potuto sottoscriverla, contenga la dichiarazione di averla letta e di approvarne il contenuto, e che tale dichiarazione non sia più rinnovata nell'atto di consegna, potrebbe siffatto testamento essere dichiarato valido, allora che la scheda predetta fosse *sottosegnata* dal testatore, e che il di lui sottosegno fosse ivi certificato da un notaio di notoria integrità, e quando le disposizioni contenute in detto testamento nulla presentassero che potesse farle sospettare carpite per abuso della confidenza dal testatore riposta nella persona a cui gli diede il carico di estendere e scrivere le sue ultime disposizioni?

Io non lo credo, giacchè il Legislatore determinò in questo articolo *gli unici mezzi* con cui un testatore, che non può sottoscrivere un testamento segreto scritto da un terzo, possa tuttavia disporre in siffatta forma, *gli unici mezzi legali* che il prelodato Legislatore ravvisò atti ad escludere qualunque idea di suppositizie disposizioni nel testamento predetto, a quali mezzi legali dalla legge in modo *tassativo* stabiliti, non è permesso al Giudice di sostituirne altri estranei a quelli dalla legge previsti.

753. Coloro che non sanno, o non possono leggere, non potranno fare alcuna disposizione per testamento segreto.

1.° L'Imperatore Giustiniano, in altra legge principiante pure coi vocaboli *Hac consultissima*, ottava del suo Codice al titolo *De testamentis*, occupavasi del *testamento del cieco*, sia esso tale dalla nascita, ovvero per sopravvenuta infermità, e prescriveva per detti testamenti le peculiari solennità in quella legge

prestabilite, fra le quali la necessità che la disposizione testamentaria fosse letta al testatore ed ai testimoni *1, dal che già ne derivava la conseguenza non potere il cieco testare in qualunque modo nella forma segreta *2.

I moderni legislatori, per quanto riflette il testamento pubblico del cieco, non eredettero di stabilire per esso peculiari formalità, e di mantenere in proposito il diritto romano, ciò che appare manifesto dal silenzio di dette nuove legislazioni *3 intorno a siffatti testamenti pubblici, dalla generale regola sancita nell'articolo 902 del Codice civile francese, e nell'articolo 700 del nostro, e dalla disposizione derogatoria delle leggi precedenti sancita, in Francia coll' articolo 7.º della legge del 21 marzo 1804 (30 ventoso anno XII), e presso di noi dall' articolo finale del Codice.

E di fatto dopo che per tutti i testamenti (tranne quelli privilegiati o meno solenni) venne prescritto quell'intervento e rogito di un notaio, che la precitata legge romana esigea in particolare pel testamento del cieco, e che essa chiamava *tabularius*, la maggiore solennità prescritta per questo testamento riducendosi alla presenza di un ottavo teste, ossia di un testimone di più del numero allora necessario per gli altri testamenti, quantunque siffatta presenza potesse offrire una qualche maggiore cautela, essa non era però un mezzo diretto onde evitare i temuti pericoli.

E tanto meno poteva occorrere di stabilire presso di noi particolari forme pel testamento pubblico del cieco, che la questione anticamente agitatasi se il notaio che riceve il testamento predetto potesse figurare come quell'ottavo teste di cui parla la citata legge Giustiniana, era stata risolta in senso afferma-

*1 Ho già più volte prevenuti i miei lettori che io non mi occupo del diritto romano se non in quanto il raffronto di esso colla nuova nostra legge giovi a spiegare lo spirito di questa, tanto meno poi lo debbo occuparmi delle quistioni che, sull' intelligenza di quelle leggi, così numerose insorgevano, e che sono fortunatamente dal nuovo Codice tolte di mezzo.

*2 Nè anco per testamento presentato al Senato, salvo che colle maggiori cautele di cui nella declaratoria del 18 maggio 1776, riferita nella Pratica Legale, part. 2, tom. 4, pag. 123 e 124.

*3 Quanto meno di quella francese e della nostra, non avendo io creduto necessario di fare cogli altri nuovi codici dei confronti di cui altri scrittori sonosi occupati.

tivo dalla sentenza senatoria del 5 maggio 1751, referente D. Villata *1 nella causa *utrinque* Schina, con cui venne dichiarato valido il testamento del cieco Michele Antonio Schina in cui sette soli testimonii erano intervenuti.

2.º Ma se, pel testamento *pubblico* del cieco non si appresentava motivo per cui particolari solennità dovessero venire ordinate, la capacità di esso, e così anche di colui che non sa leggere andava soggetta a ben altre difficoltà, quando si tratti di testamento segreto.

Colui che non sa o non può scrivere, se egli sa leggere, può bensì dettare ad un terzo e far scrivere da questo un testamento destinato ad essere presentato chiuso e sigillato al notaio in presenza dei testimonii nel numero dalla legge prefisso, giacchè egli, leggendolo, può verificare se lo scrittore abbia in esso fedelmente consegnate le comunicategli disposizioni.

E la dichiarazione che egli far dee, a termini dell'articolo precedente *al notaio in presenza dei testimonii*, di aver lette le disposizioni contenute nella carta testamentaria scritta da un terzo e da lui non sottoscritta, induce una morale certezza, ossia una presunzione legale della esatta e fedele loro redazione.

Ma se la persona che non sa scrivere non sa o non può nemmeno leggere, e non può così divenire alla verifica premenzionata, come si potrebbe avere certezza che la scritta che essa presenta al notaio, e che dichiara contenere il suo testamento, estesa da un terzo, esprima colla dovuta esattezza la volontà del testatore?

Forza egli era adunque il denegare a colui che non sa o non può leggere la facoltà di fare un testamento *segreto*: tale era la conseguenza che si derivava dal disposto nella citata legge ottava cod. *De testamentis*, e tale si è la disposizione in questo articolo contenuta, conforme all'articolo 978 del Codice civile francese.

Può anche essere insorto il dubbio se, onde autorizzare una persona a disporre per testamento segreto, bastasse che la medesima *sapesse leggere* e non fosse necessario lo esigere che *sapesse anche scrivere*.

Commentando l'articolo 759, parteciperò ai miei lettori le osservazioni da me fatte in proposito, le quali escludono che

*1 Riferita nella Pratica Legale, cit. loc., pag. 119 e seg.

la scienza dello scrivere sia necessaria a chi vuole testare nella forma mistica.

3.° Misera condizione delle umane cose! Appena fatta la legge, insorgono i dubbii sulla di lei applicazione. Di questa verità, dalla più costante esperienza pur troppo dimostrata, uno fra gli innumeri esempj venne somministrato dalle prescrizioni contenute negli articoli 10 e 11 della celebre ordinanza del Re di Francia del 1735 sulle donazioni e sui testamenti, letteralmente rinnovate negli articoli 977 e 978 del Codice civile francese, da cui vennero desunti il precedente e questo articolo del Codice nostro, il primo di essi colla savia sostituzione della dichiarazione di lettura ivi prescritta alla presenza di un testimonio di più, soltanto voluta dal succitato articolo 977.

Un testatore divenuto cieco prima della consegnazione del testamento, od anche colui che non sappia leggere, ossia per troppa deferenza alla persona da cui fece estendere la scheda testamentaria, o per qualunque altro motivo può (come ho già rilevato nella nota 2.ª all' art. precedente) *dichiarare erroneamente* nell' atto della di lei consegnazione al notaio in presenza dei testimoni *di averla letta*, e che il contenuto in essa è il suo testamento, ed alcuni giudicati degli antichi Magistrati di Francia provano essere ciò accaduto; e nella detta nota non ho rievocata in dubbio la nullità di siffatto testamento per *contravvenzione* al disposto di questo articolo, conforme alla legge francese antica e nuova. Queste disposizioni diedero, e possono dar luogo alla seguente controversia:

Se gli eredi legittimi di una persona che ha testato nella forma permessa dall' articolo precedente, volessero provare che essa, o non sapeva leggere, ovvero che al tempo in cui venne estesa la carta testamentaria da lei presentata al notaio, aveva intieramente perduta la vista, *la prova testimoniale* di siffatte circostanze sarebbe essa ammissibile?

Tutti i più accreditati autori francesi *1 convengono nel risolvere affermativamente questa controversia, tuttavolta che i fatti articolati tendano a stabilire una assoluta cecità del testatore al tempo del fatto testamento, ovvero che egli non

*1 Merlin, Rep., v.° *Testament*, sez. 2, § 3, art. 3, n. 6; Grenier, tom. 1, n. 257 e 258 bis; Toullier, tom. 3, n. 479; Delvincourt, tom. 2, pag. 309, e Favard, Rep., v.° *Testament*, sez. 1, § 4.

sapeva in alcun modo leggere le carte manoscritte, quand' anche avesse saputo leggere gli scritti stampati, e ciò senza necessità d' *inserirsi in falso* incidentale contro il testamento.

Il sig. Duranton, abbracciando anch' egli siffatta opinione, ne dà per ragione non trattarsi di un fatto autenticamente certificato dall' ufficiale pubblico, sembrando alludere egli alla *dichiarazione fatta dal testatore* (il quale non sa scrivere, o che non ha potuto apporre la sua sottoscrizione alla scheda testamentaria scritta da un terzo) di averla letta, e voler così risolvere la difficoltà che contro la prova testimoniale potesse desumersi dall' art. 1319 del codice civile francese, a cui corrisponde il nostro art. 1416.

Certamente quando un notaio fa menzione in un atto di consignazione del testamento segreto, della dichiarazione premenzionata del testatore, egli certifica bensì che questa dichiarazione *sia seguita*, ma non che essa *sia veridica*; d' onde la conseguenza che alla prova testimoniale della erroneità della dichiarazione stessa non osterebbe la disposizione dei precitati due articoli.

Io di più revoco in dubbio se gli stessi articoli (come egualmente l' art. 1241 del codice civile francese, ed il nostro art. 1454) come stanziati nella materia contrattuale, siano applicabili alla prova testimoniale relativa ai testamenti per le cagioni addotte nelle note 18 e 21, all' art. 701.

4.° Il sig. Merlin *1, e dopo di lui il sig. Vazeille *2, riferiscono vari giudicati degli antichi Parlamenti, della Corte di Cassazione e delle Corti d' Appello *sull' ammessibilità*, o non, dell' instata prova testimoniale del fatto che il testatore, il quale ha fatto scrivere da un terzo il suo testamento segreto non sapeva o non poteva leggere, e così sull' ammessibilità o non dei capitoli a tal fine dedotti, sia in ragione della *sufficienza* della materia in essi articolata, sia a fronte di certe *presunzioni* di scienza o di possibilità di leggere che presentavansi nelle cause con quelle sentenze decise.

Trattandosi di quistioni, la cui decisione dipende dalle tante svariate circostanze dei casi, e dal prudente arbitrio del Giudice, e sulle quali la Corte Regolatrice di Francia, come

*1 *Répert. Univers.*, sez. 2, § 3, num. 6; e § 4, sez. 3, n. 7 bis.

*2 *Tom. 2*, art. 978, num. 1.

non chiamata dalle leggi di quello Stato a giudicare *sui fatti*, ben difficilmente potè, colle profferte sentenze, pronunziare in modo a stabilire massime in diritto, io credo di dover prescindere dal riferire i giudicati predetti, che al bisogno i legali potranno consultare nelle opere sullodate.

La regola tuttavia, sovra cui sembra convengano i signori Merlin e Vazeille, non meno che i signori, Grenier, Toullier, Delvincourt e Duranton, si è quella che la sola sottoscrizione apposta dal testatore alla scheda testamentaria, ovvero all'atto di sua consegnazione, non basta a giustificare che egli *sapesse o potesse leggerla*, e ad escludere la prova negativa di siffatta scienza, o di tale potenza, ben sapendosi che sono talora capaci di fare meccanicamente il loro nome e prenome coloro che hanno perduta la facoltà di leggere.

754. I testimoni ne' testamenti, tanto pubblici che segreti, debbono essere maschi, maggiori d'età, sudditi del Re, o dimoranti nello Stato almeno da tre anni, e che non abbiano incorsa per condanna la perdita dei diritti civili.

Non sono testimoni idonei i praticanti del Notaio che ha ricevuto il testamento.

1.° Determinare quali persone siano o non capaci di intervenire come *testimonii* nei testamenti fu oggetto della sollecitudine dei romani legislatori nelle varie disposizioni a ciò relative che noi abbiamo, così nelle Istituzioni Giustiniane, lib. 2, tit. 10 *De testam. ordinand.* come nel Codice al titolo 23, del libro 6.°, e nel titolo 1.° del libro 28 del Digesto.

Un patrio nostro scrittore *1 annoverava otto cause per cui, secondo il disposto dal diritto romano, una persona era incapace di assistere come testimonia ad un testamento, cioè 1.° « *sexus infirmitas*; 2.° *aetatis imbecillitas*; 3.° *personae conditio*; « 4.° et 5.° *animi vel corporis vitium*; 6.° *morum improbitas*; « 7.° *patriae potestatis vinculum*; 8.° *falsi testimonii suspicio*. »

*1 Richeri, *Jurispr. Univers.*, tom. 6, § 871.

Per le ragioni da me più volte addotte, non è mio divisamento lo indagare quali persone, per tutte e per ciascuna di dette cause fossero, giusta le predette leggi romane, e la giurisprudenza sotto il loro impero adottata, colpite dalla incapacità di che si tratta, nè il riferire le controversie che sull' intelligenza delle stesse leggi insorgevano.

Siccome però, come vedremo in appresso, la nuova legislazione non tutte prevede le cause dell' incapacità di che si tratta, nè intese di limitarla a quelle da lei contemplate, nella disamina di quelle ulteriori incapacità di cui non fa cenno il nostro articolo, mi occorrerà in seguito di esaminare quale fondamento esse avessero nelle leggi preesistenti; e qui un primo riflesso mi si appresenta allo spirito leggendo la disposizione generale che l'imperatore Giustiniano sanciva nel § 6 delle sue Istituzioni al citato titolo 10 del libro 2, ove egli diceva: *testes autem adhiberi possunt ii cum quibus testamenti factio est*, enumerando quindi nello stesso paragrafo e nei successivi le eccezioni a cui questa regola generale andava soggetta.

I predetti vocaboli *testamenti factio* essendo dagli interpreti intesi della capacità di ricevere, e così della capacità chiamata passiva, e non della capacità di disporre, io non esaminerò se, giusta il diritto romano, l'incapacità predetta di ricevere per testamento fosse o non sempre un motivo per cui l'incapace non potesse essere testimonia nelle testamentarie disposizioni.

Avvertirò soltanto che la regola precitata non potrebbe presso di noi ricevere in oggi quella generale applicazione di cui sembrano renderla suscettiva i termini con cui essa è concepita, non credendo potesse la medesima estendersi ai figli nominati negli articoli 172 e 707, e potendo essa tanto meno applicarsi ai membri degli ordini monastici e delle corporazioni religiose regolari dichiarati, nell' alinea dell' art. 714, incapaci di ricevere per testamento.

Se fosse quistione di premettere in questa materia una regola generale, traendone argomento da quanto dispone l' articolo 700, io la stabilirei dicendo: « essere tutti capaci di assistere « come testimonii ai testamenti, eccettuati quelli che dalla « legge ne sono dichiarati incapaci. »

2.º Giovando sempre a chiarire le disposizioni sancite nel nostro Codice, ed a farle apprezzare, il raffronto di esse colle

prescrizioni contenute nelle altre legislazioni, ed in ispecie col codice civile francese, richiamerò qui alla memoria de' miei leggitori le osservazioni da me fatte nella nota 5.a all' art. 749 sull' articolo 975 di detto codice, sulla sua classificazione in esso dopo gli articoli relativi al testamento pubblico, e sulla importante innovazione che, mercè il disposto nell' articolo 800, venne fatta al diritto romano ed alla legislazione francese sulla incapacità degli *eredi* e dei *legatarii* di essere testimonii nei testamenti che li riguardano.

L' articolo che imprendo di commentare venne desunto principalmente dall' articolo 980 di detto codice francese, e nella disposizione concernente il praticante del notaio, esso venne ricavato dall' ultima parte del succitato articolo 975 dello stesso codice, in cui stabilivasi non potere intervenire come testimonii nel testamento *per atto pubblico* nè i *legatarii* *1, a qualunque titolo il siano, nè i loro parenti od affini sino al quarto grado inclusivamente, *ni les clercs des notaires par lesquels les actes seront reçus.*

La qualità di erede o legatario e la parentela con essi non essendo stata dal Sovrano Legislatore nostro considerata come un motivo di incapacità ad intervenire come testimonio del testamento, ma essendosele assegnati altri effetti *2, tolta dal nostro Codice l' incapacità predetta, rimaneva quella del *praticante del notaio*, la quale venne trapiantata in questo articolo.

Notisi però che il codice francese non pronunzia siffatta incapacità del praticante salvo che rispetto al testamento *per atto pubblico*, e che per contro il nostro articolo la estende (così come le altre incapacità che esso stabilisce) anche ai *testamenti segreti*, ossia agli atti della loro consignazione.

Nel che venne parimenti risolto ogni dubbio che, sulla comprensione di questi ultimi testamenti, poteva insorgere nell' applicazione di detto articolo 980 del codice civile francese, il quale parla in genere dei testamenti, tuttochè la di lui classificazione (come ultima regola che li riguarda) dopo determinate le altre solennità, prima dei testamenti pubblici e quindi

*1 Ho avvertito altrove che la legislazione francese chiama col nome di *legatarii* anche gli eredi universali, od a titolo universale.

*2 Vedi in proposito la già citata nota 5, all' art. 749.

dei testamenti segreti, bastantemente additi che quanto si stabilisce in detto articolo 980 sulle qualità richieste nei testimonii, agli uni ed agli altri di detti testamenti riceve eguale applicazione.

3.^o Prima però di passare, sulla base di ciò che dispone, e di ciò che non contiene il presente articolo, alla trattazione dell'importante materia che riflette le persone che possono, o non possono essere testimonii nei testamenti, a più positiva e tranquillante istruzione de' miei leggitori, io credo opportuno il ritornare sulla proposizione, di passaggio, da me avanzata in fine della già citata nota quinta all' art. 749.

Tratto ivi argomento dacchè il nostro Codice non dichiara, come il codice francese, che non possano gli *eredi e legatarii* od i loro parenti, essere testimonii nei testamenti che li riguardano, e dacchè l' articolo 800 dichiara soltanto che « le « istituzioni ed i legati che fossero fatti in favore di uno « dei testimonii intervenuti al testamento pubblico, saranno di « niun effetto, e che lo stesso sarà delle istituzioni e legati « fatti in favore del coniuge o de' parenti od affini (di quegli « eredi o legatarii) sino al secondo grado inclusivamente », ho detto che siffatta incapacità non è dalla nostra legge riconosciuta.

Ho di più in detta nota cercato d'investigare i motivi che abbiano spinto il nostro Sovrano Legislatore a dipartirsi, a questo riguardo, così dalla legge francese, come dal diritto romano, ed ho creduto di trovarne uno nel riflesso che, potendo il testamento in cui un erede, e massimamente un semplice legatario figura fra i testimonii in esso intervenuti, contenere ben molte disposizioni a favore di altre persone, non sarebbe giusto che queste ultime fossero private del beneficio di esse per un fatto tutto personale di detto erede o legatario, da cui ne emerge una suspizione estranea agli altri individui nominati nel testamento.

Ora mi si dirà che l' opinione da me esternata non abbia altro appoggio che una mera congettura desunta dalla regola che il Legislatore *quod voluit expressit*, regola questa tanto meno applicabile al nostro articolo, che, come noi vedremo in appresso, la prescrizione in esso contenuta non è tassativa, e non toglie che altre incapacità possano ammettersi oltre quelle nello stesso articolo previste.

A maggiore sostegno perciò della mia proposizione io dirò non rievocare in dubbio che i compilatori del nostro Codice avessero divisato d'innestarvi, con qualche modificazione relativa al grado di parentela, il disposto dal succitato articolo 975 del codice civile francese, aggiungendovi però il coniuge dell'erede o legatario, rispetto a cui militassero eguali sospicioni di quelle che cadono sovra parenti od affini sino al terzo grado.

Che siffatta disposizione fosse stata stanziata, come in luogo appropriato, dopo il presente articolo, il quale perciò non facesse menzione del praticante del notaio nominato in un cogli eredi e legatarii nell'articolo precitato 975 del codice francese.

Che per una conseguenza di quanto sovra, essendosi ravvisato conveniente di mantenere nel nuovo Codice le disposizioni del Senatusconsulto Liboniano, gli articoli 800 e 801 a tale scopo diretti non parlassero che del notaio, od altro ufficiale che avesse ricevuto il testamento pubblico, e della persona che avrà scritto il testamento sì pubblico che segreto, e non vi facessero cenno *dei testimonii* intervenuti nel testamento pubblico premenzionato; e tengo così per fermo ed indubitabile che, intanto non siasi nella definitiva redazione del Codice parlato di incapacità degli eredi e legatarii di figurare come testimonii nei testamenti che contengono istituzioni o legati a loro favore, ed intanto siasi a tale incapacità sostituita l'*inefficacia di dette istituzioni e legati*, perchè non siasi ravvisato giusto di pronunziare in modo assoluto che i predetti eredi e legatarii non potessero ammettersi per testimonii, disposizione questa, la quale, nel caso di contravvenzione, avrebbe necessariamente tratta seco la nullità dell'*intero* testamento, e così anche di quelle disposizioni in esso contenute, rispetto a cui, come fatte a favore di altre persone, non appresentavasi il sospetto di dubbia verità che cade sovra quelle liberalità che concernono un testimonio nel testamento pubblico, e che si estende al di lui coniuge ed a' suoi parenti ed affini in secondo grado.

Un altro riflesso ha parimente potuto contribuire a spingere il Sovrano Legislatore nostro a sancire l'importante innovazione di che si tratta, desunto dalle incongruenze dell'incapacità dalle leggi romane e francesi stabilita.

Egli è noto che, secondo il disposto nei §§ 10 e 11 delle In-

stituzioni Giustiniane, l'*erede* soltanto, e non il *legatario* era incapace di figurare come testimonio nel testamento *1.

Ora, sia che questa incapacità ascriver si volesse alla nota regola, secondo cui *nemo auctor esse potest in re propria*, sia che il motivo ne consistesse nella dubbia fede di quei testimonii, qualora essi deporrebbero dovessero sulla verità del testamento, il legato potendo assorbire tre quarte parti dell'eredità, le ragioni dell'incapacità premenzionata potevano talora presentarsi più forti nel legatario dichiarato capace che non nell'erede.

Estendere poi siffatta incapacità a tutti i legatarii ed eredi, come disponeva l'art. 975 del codice civile francese, presentava un altro inconveniente, quello cioè di far dipendere la validità e l'efficacia di una importante disposizione testamentaria dall'inavvertenza nell'aver richiesto di essere testimonio in un testamento un domestico, od altra persona, a di cui favore il testante avesse fatto un *meschino legato*; nè a questi inconvenienti avrebbe potuto ovviarsi col far dipendere l'incapacità del legatario dall'*entità del legato* in ragione di una somma determinata, ben sapendosi che l'importanza delle liberalità testamentarie è relativa alle sostanze di chi le esercita o le riceve.

4.° Premesse queste generali nozioni sulla importante materia che imprendo a trattare, in relazione, come ho detto qui sopra, a ciò che dispone ed a ciò su di che tace il presente articolo, io convengo perfettamente con alcuni scrittori, i quali distinguono l'incapacità d'intervenire come testimonio in un testamento, in incapacità *naturale*, ossia di *diritto naturale*, ed incapacità *civile*, ossia di *diritto civile*.

Che un *sordo*, il quale non può sentire la dichiarazione di volontà fatta dal testatore al notaio, nè la lettura che quest'ultimo gli dà delle scritte disposizioni; che un *cieco*, il quale non può vedere il testatore, ed accertarsi dell'identità della persona che pronunzia le sue ultime volontà, non possano essere testimonii nei testamenti, ce lo addita la *ragion naturale*, quand'anche taccia in proposito la legge civile; ma per contro

*1 Limitazione questa a cui fu ognora conforme la giurisprudenza dei magistrati supremi, come fra le altre può vedersi nella decisione del Senato di Piemonte del 14 di gennaio 1822, ref. D. Quaranta, nella causa Bernascone contro Prova, riferita nella raccolta del signor Avvocato Dubois, serie dei testamenti, tom. 1, pag. 157, e seguenti, vera. Che inoltre.

alla legge civile si aspetta il determinare l'età in cui si supponga in un individuo bastante sennon, ond' egli possa intervenire come testimonia in un atto così importante, quale si è il testamento; in quale sesso unicamente siffatto requisito debba, in tese generale, supporre; se, e quando possa o non, prestarsi egual fede ad uno straniero, come ai nazionali, e quali fatti, reati, e crimini imprimano sull'individuo una macchia tale che la legge non possa più prestar fede alle sue testimonianze.

L'incapacità di quest'ultima specie è adunque incapacità *del diritto civile*, che allora soltanto può aver luogo quando essa è dalla legge civile pronunziata; quella della prima specie è incapacità *naturale* che non abbisogna di legge positiva per dover essere riconosciuta ed ammessa.

Da queste riflessioni i miei leggitori di già preveggon quale sarà la mia opinione sul punto se le premenzionate incapacità *naturali* siano, o non, mantenute dal nostro Codice, malgrado il relativo suo silenzio: passerò ad occuparmene dopo fatti gli occorrenti rilievi sulle incapacità *del diritto civile* nell'articolo contemplate.

5.° Vuole in primo luogo il nostro articolo (in ciò conforme al citato art. 980 del codice francese) che i testimonii nei testamenti tanto pubblici che segreti *siano maschi*, regola questa desunta dal § 6° della legge 20 *Qui testament. facere possunt* e dal § 6° delle Istituzioni Giustiniane al tit. *De testam. ord.*

Chechè ne sia dell'opinione di alcuni scrittori che siffatta regola del diritto romano traesse la sua origine dalla prima forma da quella nazione adottata dei testamenti nei comizi, dai quali erano le donne escluse, egli è niente meno vero che la loro incapacità di figurare come testimonii negli atti pubblici, venne per generale consenso dei legislatori di pressochè tutte le nazioni adottata non solo nei testamenti, ma anche negli altri atti ricevuti da pubblici uffiziali, e ciò o sia, come dicono i nostri, *propter sexus fragilitatem*, o fors'anco perchè, potendo occorrere che i testimonii intervenuti ad atti pubblici debbano attestare in giudizio sulla verità di essi, abbiassi voluto evitare alle donne la necessità di dover comparire come testimonii nei giudizi, quando non trattasi del pubblico interesse.

Noi vedremo in seguito che la regola generale sancita in questo articolo soffre eccezione rispetto ai testamenti fatti nei luoghi in cui fossero interrotte tutte le comunicazioni a *cagione di*

peste, o di altra malattia contagiosa, e rispetto ai testamenti dei *militari* contemplati nell' art. 792.

Della quistione trattata da alcuni autori se l' *errore comune* sul sesso di una persona che intervenne qual testimonio ad un testamento, cagionata dacchè una donna da lungo tempo *virili habitu induta*, e per le occupazioni abituali da lei esercite, sia comunemente riputata del sesso maschile, nie ne occuperò in una nota a parte, in cui tratterò in generale degli effetti dell' *errore comune* sulle qualità dei testimonii testamentarii.

6.° I testimonii che intervengono in un testamento sì pubblico che privato, debbono inoltre, a termini dell' articolo, essere *maggiori*, vale a dire avere compita l' età d' anni ventuno (art. 244).

L' imperatore Giustiniano, nel citato paragrafo 6 delle sue Istituzioni al titolo *De test. ordinand.*, attenendosi alla distinzione dal diritto romano assentata fra il pupillo ed il minore, aveva fissata alla pubertà, e così agli anni quattordici compiuti, l' età a cui i maschi potessero essere testimonii nei testamenti.

Il nostro Codice tolta avendo siffatta distinzione, e considerando il minore sino all' età d' anni ventuno sotto l' amministrazione tutelare, ed incapace personalmente degli atti civili, non vi era motivo per cui il Sovrano Legislatore nostro, nel determinare l' epoca della vita a cui un individuo acquisti la capacità di assistere come testimonio nei testamenti, non adottasse la regola sancita dall' articolo 980 del codice civile francese che esige che i testimonii nei testamenti *siano maggiori*.

Rimando parimenti il lettore ad altra nota intorno agli effetti dell' *errore comune sull' età minore* di un testimonio intervenuto in un testamento.

7.° Il citato articolo 980 del codice civile francese voleva che i testimonii testamentari fossero *républicoles* vocabolo questo a cui nel codice Napoleone vennero sostituite le parole dicenti *sujets de l'empereur*, e nell' ultima edizione dello stesso codice vennero ancora surrogate le espressioni *sujets du roi*: esso articolo esigea inoltre nei detti testimonii la qualità di persone *jouissant des droits civils*.

Siffatta disposizione la quale, onde ammettere un individuo ad essere testimonio in un testamento, esigea non solo che egli godesse in Francia dei diritti civili, ma di più che fosse suddito dell' imperatore e del re, giunta all' articolo 13 dello

stesso codice francese secondo cui « lo straniero che fosse stato « autorizzato dall' imperatore a fissare il suo domicilio in Francia « vi godeva di tutti i diritti civili durante la sua residenza in « quello Stato » aveva fatto nascere la quistione se quello straniero potesse considerarsi suddito, e come tale essere ammesso a figurare come testimonio in un testamento.

Dirò in proposito di passaggio come tale controversia veniva diffusamente trattata dal sig. Merlin, il quale opinava per la negativa, all' appoggio anche di una sentenza della Corte di Cassazione del 25 gennaio 1811 *1 e che alla di lui opinione accostavansi i signori Favard, Toullier e Duranton, e per riforma di precedente suo avviso, il sig. Grenier, rimanendo solo il sig. Delvincourt nella contraria sentenza.

Non mi soffermerò narrando gli argomenti di quelle contrarie opinioni *2 che i miei lettori, ove lo desiderino potranno trovare luminosamente svolte dal prelodato già procuratore generale presso la Corte regolatrice di Francia, perchè la disposizione del succitato articolo 15 del codice civile francese, non venne adottata nel titolo 1, lib. 1 del Codice nostro, ove l' articolo 20 non ammette gli stranieri a godere dei diritti dei sudditi se non hanno impetrato il *privilegio di naturalità*, e giurata la fedeltà al Sovrano.

Per riconoscere adunque quali individui possano o non possano considerarsi *sudditi del re* ed avere la capacità di cui ora io ragiono, si dee ricorrere alle prescrizioni contenute negli articoli 18, 19, 20, 22, 23, 24 e 26 del presente Codice che sarebbe inutile il qui ripetere.

Avvertirò tuttavia che la disposizione contenuta nel primo alinea di detto articolo 20 potrebbe far nascere una controversia, quella cioè se uno straniero, il quale abbia fissata la sua dimora ne' Regii Stati, ma però *da un tempo minore di anni tre*, potrebbe esservi testimonio in un testamento pubblico o segreto, qualora nello Stato a cui egli appartiene, gli stranieri siano ammessi a siffatta testimonianza.

A sostegno dell' affermativa risoluzione di tale controversia si potrebbe invocare la regola di reciprocità *di fatto* sancita nel succitato secondo alinea dell' articolo.

*1 Rép. v.^o *Témoin instrumentaire*, § 2, n. 1 et 3.

*2 Fra le quali quella adottata dal sig. Merlin ed altri autori prelodati, mi sembra più consentanea al testo ed allo spirito del codice francese.

Si potrebbe dire che, se il Sovrano Legislatore nostro ravvisò nella sola dimora triennale di uno straniero nei Regii Stati un motivo sufficiente per far cessare in esso quella incapacità che alla qualità di *non suddito* è in generale accoppiata, a più forte ragione simile effetto debba produrre una reciprocità dalla legge riconosciuta.

Sebbene questi argomenti abbiano senza dubbio un grave peso, io propenderei per la negativa risoluzione di detta controversia, osservando che i diritti civili a cui accenna il succitato primo alinea dell' articolo 26, sembrano essere soltanto quelli che *profittano allo straniero*, e non un diritto o meglio una qualità di suddito o residente da tre anni, che il presente articolo nell' interesse degli eredi legittimi dirimpetto agli eredi per testamento ed ai legatari esige nei testimonii il cui intervento nel testamento predetto dee assicurare la verità delle disposizioni che esso racchiude.

Ritengo d' altronde che il precitato primo alinea dell' articolo 26 pone bensì gli stranieri ivi contemplati in pari condizione con quella dei sudditi; ma loro non attribuisce la *vera sudditanza*, la quale, a mente della prima parte dello stesso articolo non può acquistarsi che coll' ottenuto privilegio di naturalità, e che il nostro articolo non esige soltanto l' *esercizio dei diritti civili*, ma bensì la qualità di *sudditi del Re* nei testimonii testamentarii che non sono da anni tre dimoranti negli Stati.

8.° La Corte d' Appello sedente in questa città, con una sentenza proferta il 10 aprile 1809 nella causa Bava, Ravicchio e Mercandini *1, aveva riconosciuto valido il testamento mistico presentato il 20 novembre 1806 dal Giuseppe Maria Mercandini-Ruffia ad un notaio, tuttochè fra i sei testimonii intervenuti in quell' atto di presentazione figurasse un Gioanni Battista Bertoglio nativo di Varallo antico Stato Sardo, il qual luogo già sul finire dell'anno 1800 era stato smembrato dal Piemonte (riunito alla Francia con Senatus-Consulto dell' 11 settembre 1802) e formava al tempo di detto atto di presentazione, parte del Dipartimento dell' Agogna nel Regno d' Italia.

La Corte d' Appello, sovra conclusioni conformi del signor Castagneri (in allora Sostituto Procuratore Generale presso la medesima e poscia Senatore nel Senato di Piemonte di sempre

*1 Riferita nella Raccolta dell' Accademia, vol. 10, pag. 124, e seg.

preziosa memoria alla Magistratura ed alla Curia Torinese) aveva motivata quella sua decisione, *in fatto*, sul riflesso che il Bertoglio, da più di anni venti prima di quel testamento, facesse la sua *dimora* in questa capitale, e *in diritto* considerando che il vocabolo *républicole*, usato nell'articolo 980 del Codice Civile francese, non escludesse che uno straniero da tanti anni dimorante in un paese riunito alla Francia, potesse venire assimilato ad un francese per l'effetto di prestare validamente la testimonianza in un testamento. *1

I signori Grenier e Delvincourt avevano fatto plauso a questa decisione; ma il signor Merlin avendola criticata, e la di lui opinione essendo stata seguita dalli signori Toullier, Favard e Duranton, il detto signor Grenier, riformando il primo suo avviso, finì per accostarsi alla loro dottrina, la quale, avendo già un qualche appoggio in una sentenza della Corte di Cassazione del 23 gennaio 1811, fu poi dalla stessa Corte formalmente proclamata con altra decisione del 23 aprile 1828.

Il signor Vazeille dopo di avere riferite le precitate decisioni, alludendo alla disposizione contenuta nell'articolo 13 del Codice Civile francese, riferita nella nota precedente, dice. « Nous « aurions aimé à voir juger que l'étranger admis à jouir des « droits civils en France est sujet du roi . . . eh! pourquoi ne « verrait-on pas un sujet du roi dans l'étranger à qui le roi a « permis de vivre sous sa domination? »

E diffatti non può credersi che il motivo per cui i *veri stranieri* non sono ammessi ad essere testimonii nei testamenti consista in quella *ragione di stato politica* che li fa escludere dalle successioni e dall'esercizio di altri diritti civili.

Sembra piuttosto che il motivo della loro incapacità consista in ciò che, essendo accidentale e temporaria la loro presenza nei Regii Stati, non sia abbastanza conosciuto il concorso in essi di quelle altre qualità che la legge esige nei testimonii testamentarii, ovvero che non si abbia una qualche morale certezza che quegli individui potranno, ove di bisogno, accertare la verità delle disposizioni testamentarie a cui assisteranno come testimonii.

*1 I motivi di questa decisione furono determinati dalle elaboratissime conclusioni del pubblico ministero che la precisano in detta sentenza, avvalorate dalla dottrina del signor Merlin, *dont le nom seul* (ivi si diceva) *annonce l'autorité la plus imposante.*

Motivo per cui nella versione del Codice Civile francese nell'idioma toscano ad uso del Regno d'Italia, approvata con decreto imperiale del 16 gennaio 1806, le disposizioni contenute nell'articolo 980 di detto Codice erano state tradotte nei termini seguenti: « Li testimonii richiesti ad essere presenti al testamento debbono essere maschi, maggiori d'età, *dimoranti nel regno*, partecipi dei diritti civili. »

Io porto opinione che una simile prescrizione fosse stata dapprima adottata dai Compilatori del Codice nostro.

Ma si sarà considerato che le espressioni *dimoranti nello Stato e partecipi dei diritti civili*, esigendo nei testimonii testamentarii riunite le predette *partecipazione* e *dimora*, potesse far nascere il dubbio se i *professi religiosi*, incapaci di acquistare e trasmettere a titolo di successione o donazione, fossero incapaci di intervenire come testimonii nei testamenti, incapacità che non si voleva al certo ammettere come contraria alla preesistente giurisprudenza, avuto massime riguardo alla qualità delle persone ed alla facilità e frequenza con cui possono e deggiono le medesime, e meglio di molte altre intervenire come testimonii nei testamenti che tuttodi si fanno.

Si sarà ad un tempo fatto riflesso essere cosa conveniente che la legge determinasse la durata dell'abitazione che faccia riguardare lo straniero come *dimorante nello Stato*.

All'oggetto di evitare la premenzionata dubbiezza in una materia così importante, e ritenuto che il nostro Codice non contenesse, come ho qui sopra avvertito, la disposizione dell'articolo 15 del Codice francese, e non accorda la qualità sudditizia senza la naturalizzazione, questa qualità venne sostituita in regola generale alla summenzionata partecipazione dei diritti civili dalla medesima inseparabile.

Ma ad un tempo si credette consentaneo ai veri principii che, in via di eccezione a siffatta regola generale, la *dimora* nei Regii Stati durante un triennio potesse, pe' stranieri, tener luogo di detta sudditanza, e farli capaci di assistere come testimonii ai testamenti sì pubblici che segreti.

Ma se nei detti testimonii testamentarii, od anche in uno di essi soltanto, non concorre o la qualità di suddito, o quella di dimorante nello Stato almeno da un triennio prima del testamento, allora, sia perchè non può più dirsi che a questo atto siano intervenuti cinque testimonii se il testamento è segreto,

e quattro se esso è pubblico, sia perchè la prescrizione contenuta in questo articolo trovasi, nell' articolo 802, annoverata fra quelle la cui contravvenzione importa la nullità del testamento, questa nullità non potrebbe contestarsi.

9.° Notisi che l'articolo parla di semplice *dimora*, e non del *domicilio* contemplato nell' articolo 66, come il luogo ove il suddito esercisce i diritti civili, non trattandosi qui di un suddito, ma di uno straniero.

Non potrebbe perciò dirsi incapace un testimonio testamentario straniero e residente ne' Regii Stati da tre anni, per ciò solo che egli non avesse fatta la dichiarazione accennata nell' articolo 68, e che egli conservasse tuttora nel paese estero natio il *principale suo stabilimento* *1.

10. Esige inoltre l'articolo che i testimonii testamentarii, siano essi sudditi del Re o stranieri dimoranti almeno da tre anni nello Stato, non abbiano incorso *per condanna la perdita* dei diritti civili.

Queste espressioni pueranno dar luogo a qualche dubbio sulla capacità o non di figurare come testimonii in un testamento:

1.° Di coloro che, sudditi o stranieri, abbiano incorso la perdita dei diritti civili per condanna pronunciata dai Tribunali di estero dominio, ove abbiano commesso il delitto, importante siffatta pena.

2.° Dei sudditi o stranieri i quali abbiano incorso la perdita del godimento dei diritti civili nei casi contemplati negli articoli 34, 35, 37, e i figli nel caso previsto dall' articolo 38, quelli che non abbiano adempiute le condizioni prescritte dagli articoli 20, 39 e 40 e si pongono nella condizione accennata nell' articolo 41, e finalmente gli stranieri decaduti dal privilegio di naturalità, conformemente all' articolo 42.

3.° E per ultimo il condannato *in contumacia* ad una pena importante la perdita dei diritti civili, durante il quinquennio contemplato nell' articolo 52.

Per poco che i testatori o loro aderenti ed i notai siano circospetti nella scelta dei testimonii da richiedersi per assistere ai testamenti, sarà così difficile che siffatta scelta cada sur alcuno

*1 V. Furgole *De testam.*, cap. 2, sez. 3; Grenier, tom. 1, n. 255; Toullier, tom. 3, n. 406; Duranton, tom. 5, n. 130, leg. 12, cod. *De testamentis*.

degli individui qui sovra nominati, che io spero non mi si rimprovererà lo astenermi dal ragionare sovra le premenzionate controversie in un'opera il cui unico scopo si è quello di una utilità ben costante e dimostrata.

Senza approfondire le stesse quistioni, dirò soltanto che, se io sulle medesime fossi consultato, non esiterei di pronunziarmi per l'incapacità del condannato da un estero Tribunale, e per la capacità dell'individuo condannato in contumacia durante gli anni cinque previsti dall'articolo 52.

E che, sebbene la risoluzione della seconda controversia potesse presentare qualche maggiore dubbiezza, allora soprattutto che una sentenza proferta in via civile sulla istanza degli interessati avesse riconosciuta la privazione o la decadenza del testimonio testamentario dai diritti civili, io propenderei a credere che tale privazione non potesse estendersi all'incapacità contemplata nel penultimo alinea dell'articolo 44.

11. L'ultima causa *del diritto civile*, di incapacità di intervenire come testimonio in un testamento pubblico o nell'atto di consignazione di quello segreto, prevista in questo articolo, è quella del *praticante* del notaio che ha ricevuto il testamento.

Qualificai questa incapacità come una di quelle del diritto civile, perchè, siccome giusta i principii naturali *unusquisque bonus* (come dicono i nostri) *praesumi debet donec aliud probetur*, alla legge civile spetta il determinare i casi in cui questa presunzione ceder debba ad una presunzione contraria.

I signori Grenier, Toullier, Duranton e Vazeille *1 si occupano di alcune controversie sul punto se certe persone che lavorano negli uffizi de' notai o li frequentano, debbano venir considerate come praticanti, e l'ultimo di essi riferisce alcune decisioni di Corti d'Appello di Francia che pronunziarono sovra controversie di questa specie, anche in relazione al disposto dall'articolo 10 della legge sul notariato in Francia vigente.

Quistioni di tale specie sono piuttosto quistioni di fatto che di diritto, per la cui risoluzione ben difficile riescirebbe lo stabilire delle regole generali e positive, e tanto meno il desumerle dalle decisioni delle Corti francesi, per lo più fondate sullo spirito della legge e dei regolamenti di quello Stato con-

*1 Grenier, tom. 1, n. 255; Toullier, tom. 5, n. 402; Duranton, tom. 5, n. 115; Vazeille, tom. 5, art. 975, pag. 468, e seg., n. 8.

cernenti l'esercizio del notariato, che non hanno forza alcuna presso di noi: prescindendo perciò dall'occuparmene.

12. Ho detto nella nota 2.^a qui sopra che la disposizione di questo articolo, relativa al praticante del notaio, venne desunta dall'articolo 975 del codice civile francese, il quale respingeva parimente la testimonianza nei testamenti pubblici *dei legatari* a qualunque titolo universale o particolare il fossero, e dei loro parenti od affini sino al quarto grado inclusivamente.

A quante controversie quella incapacità degli eredi e legatari e dei loro parenti non dava essa luogo in Francia? Non sarà inopportuno il farne cenno, onde meglio si apprezzi l'innovazione fatta dal nostro codice, e da me svolta nella stessa nota, anche perchè essa evita presso di noi le liti cui avrebbe dato luogo la riproduzione di dette quistioni, se l'incapacità premenzionata fosse stata mantenuta.

Disputavasi primieramente sulla *natura delle largizioni testamentarie* fatte ai testimoni, e così se vi fossero compresi i lasciti *remuneratorii*, quelli a favore dei ministri del culto e simili: di alcune di dette controversie occuperommi commentando l'articolo 800.

Disputavasi se anche i legati fatti nel testamento pubblico al *notaio che lo riceve od ai suoi parenti* importassero la nullità dell'atto, non per applicazione del succitato articolo 975, il quale non parla del notaio, ma bensì in virtù della regola generale per tutti gli atti ricevuti dai notai, stabilita nell'articolo 10 della legge 25 ventoso anno XI, sul notariato, la cui violazione importava parimente, a termini dell'articolo 68 della stessa legge, la nullità dell'atto medesimo.

Quistionavasi sul punto se i *servitori e domestici dei legatari* fossero colpiti dalla stessa incapacità che la legge pronunziava contro i loro parenti. La stessa quistione poi sull'incapacità dei *servitori e domestici* insorse rispetto a quelli *del notaio* che ha ricevuto il testamento, e di quest'ultima controversia mi occuperò, come di quella che può insorgere anche sull'intelligenza del nostro articolo, tanto più che in essa vennero del pari involuppati i *parenti* di detto notaio.

Questa controversia sulla capacità o non dei *parenti, servitori e domestici*, e così sulla validità o nullità del testamento in cui taluno di essi fosse intervenuto come testimonia, venne in Francia piuttosto trattata sotto una vista particolare alle leggi di quello Stato, che in tese generale e di *parità*.

L'articolo 10 della legge sul notariato disponeva che i *parenti od affini* sia del notaio che delle *parti contraenti*, in linea diretta sino a qualunque grado, ed in linea collaterale sino al grado di zio o di nipote, i di lui praticanti e *servitori* non potessero essere testimoni degli atti in generale dal detto notaio ricevuti, e l'articolo 68 della stessa legge statuiva che qualunque atto fatto in contravvenzione alle disposizioni di varii articoli, fra quali il 10 precitato *sarebbe nullo*.

La quistione raggirossi perciò principalmente sul punto se il precitato articolo 10 della legge generale sul notariato fosse o non applicabile ai testamenti.

Egli è vero che il sig. Delvincourt *1 sostenendo l'incapacità dei servitori e domestici del notaio, invocava la legge 6.^a del digesto al titolo *De testibus*, ove il giureconsulto Licinio-Rufino stabilisce la regola che « *Idonei non videntur esse testes quibus imperari potest ut testes sint* ». Che il sig. Duranton *2 per l'esclusione dei parenti, servitori e domestici del notaio traeva argomento dall'incapacità del semplice praticante di quest'ultimo, presentando come una grande incongruenza l'esclusione di questo e l'ammissione dei primi a testimoniare in un testamento ricevuto dal notaio loro padrone da cui essi dipendano, quanto meno altrettanto come un praticante.

I signori Grenier, Toullier, Merlin e Dalloz opinavano per l'applicazione ai testamenti della legge sul notariato (applicazione già riconosciuta rispetto a certe formalità dell'atto pubblico) e conseguentemente per l'incapacità dei parenti, servitori e domestici del notaio ad essere testimoni nel testamento da questo ricevuto. Ma la Corte di Caen avendo con una sua sentenza del 4 dicembre 1812 adottata l'opinione del sig. Delvincourt, questa opinione venne confermata dalla Corte regolatrice di Francia il 4 gennaio 1826, sul riflesso che convenisse distinguere le formalità dell'atto dalla capacità o non dei testimoni che vi intervengono, e che il codice civile determinando negli articoli 974, 975 e 980 quali siano le qualità necessarie nei testimoni testamentarii, la legge del notariato rimanga estranea alla capacità predetta.

Le dottrine e la giurisprudenza or ora riferite essendo come

*1 Tom. 2, pag. 315 e 316.

*2 Tom. 5, n. 118.

sopra interpretative di una legge particolare alla Francia, se io risolvere dovessi la controversia premenzionata, malgrado tutta la forza che aver possano gli argomenti addotti dal sig. Duranton, io crederei non potesse dichiararsi nullo un testamento pubblico o segreto per ciò solo che in esso fossero intervenuti come testimoni *parenti od affini*, anche nel grado contemplato nell'articolo 800, *servitori o domestici* del notaio che lo ha ricevuto, e ciò pei seguenti riflessi:

1.° Perchè, come osservai in fine della nota prima (sotto la modificazione di cui infra quanto alle incapacità *naturali*), devono ravvisarsi *civilmente* capaci di assistere come testimoni nei testamenti tutti coloro di cui la legge non pronunzia in modo espresso l'incapacità, massimamente che il vizio del testamento da questa incapacità derivante ne trarrebbe seco la nullità, ciò che esclude che possano in proposito ammettersi argomenti di pretesa similitudine.

2.° Perchè, come ho avvertito in principio della nota precedente, l'incapacità d'intervenire come testimonio in un testamento, derivante da *suspicioni di parzialità*, essendo una incapacità del *diritto civile*, essa non può venire stabilita che dalla legge civile, e non può, come dissi, ammettersi per parità di ragione.

3.° Perchè, se il Sovrano Legislatore nostro, modificando in tal parte la legislazione francese, non ravvisò nella qualità di *erede o legatario*, concorrente in un testimonio intervenuto al testamento che siffatta qualità gli conferiva, un motivo sufficiente onde *dichiararlo incapace* ed annullare, in conformità dell'articolo 802 il detto testamento, tanto meno dee credersi che egli abbia voluto ricusare, sotto pena di detta nullità, la facoltà di figurare come testimoni *ai parenti, servitori e domestici del notaio* per ciò solo che egli abbia dichiarato incapace il praticante di quest'ultimo.

13. Le cose da me ragionate nella nota precedente, giovano a risolvere un'altra quistione trattata dagli autori francesi *1 sul punto se *i parenti, affini, servitori e domestici del testatore* possano essere testimoni nel di lui testamento.

*1 Merlin, *Rép.*, v.° *Témoin instrum.*, § 2, n. 17; Toullier, tom. 5, n. 300; Duranton, tom. 5, n. 116.

Anche quì la causa di dubitare nasceva dacchè l'articolo 10 della legge francese *sul notariato*, la cui osservanza era dall'articolo 68 prescritta a pena di nullità, proibiva ai notai lo impiegare come testimonii negli atti per essi ricevuti i parenti e gli affini delle parti contraenti sino al grado accennato nella nota precedente.

La decisione della Corte Suprema del 4 gennaio 1826, riferita nella stessa nota precedente, spinse i prelodati scrittori francesi a pronunziarsi per la capacità dei testimonii aventi le qualità summenzionate.

Quanto alle leggi romane essi convengono coll'opinione di un patrio nostro autore *1 che i vocaboli *reprobaturum est in eare testimonium domesticum*, usati dall'Imperatore Giustiniano nel § 9 delle sue *Instituzioni* al titolo *De testam. ordin.*, non siano applicabili che *al figlio*, il quale, secondo quelle leggi, non potesse essere testimonio nel testamento del padre, *sotto la cui potestà trovasse costituito*.

Incapacità questa derivante, non già da *suspicion*, generata dai vincoli del sangue o dell'affezione, (giacchè nel testamento trattasi dell'interesse degli eredi e legatarii e non di quello dei testimonii) ma bensì dalla regola generale del diritto romano secondo cui *pater et filius* (soggetto alla potestà paterna) *pro una eademque persona habentur* *2.

Che diffatti il figlio *emancipato* possa essere testimonio nel testamento paterno, ed il padre di detto figlio emancipato nel testamento di questo sui *peculii castrensi* o quasi *3.

Io convengo non solo coll'opinione dei prelodati scrittori francesi sulla capacità degli altri parenti, affini, domestici e servitori *del testatore*; ma credo di più che se un *figlio non emancipato* assistesse come testimonio al testamento paterno *4 non

*1 Richeri, *Jurisp. univ.*, tom. 6, §§ 891, 892 e 895.

*2 Massima questa fondata sulle prime leggi romane che consideravano il figlio di famiglia come una proprietà del padre.

*3 Vinnio, *Instit.* sul citato § 7; Richeri, *cit. loco*, §§ 895 e 895.

*4 Sebbene a termini dell'articolo 210, la patria potestà duri sino all'emancipazione.

Il caso che preveggo potrebbe avvenire qualora il figlio non sentisse pregiudizio dall'applicazione dell'art. 800, o perchè già provveduto dal padre e da questo preterito nel testamento, o perchè, non potendo in oggi giovare della preterizione, egli cercasse di figurare come testimonio nel testamento paterno per farlo claudicare a pretesto della relativa sua incapacità.

potrebbe perciò dirsi nullo il testamento per applicazione del citato paragrafo 9.º delle Istituzioni Giustinianee e della legge 20 in principio, e paragrafo primo del digesto al titolo *Qui testam. facere*, e dell'incapacità ivi stabilita.

A quale opinione mi inducono i riflessi da me svolti alli numeri 1 e 2 della nota precedente e l'articolo finale del Codice, posto in contatto colla disposizione in questo articolo contenuta.

14. A compita illustrazione dell'importante materia concernente quella capacità o. non dei testimonii testamentarii, che ho detto qui sovra chiamarsi *del diritto civile*, non mi rimane che ad occuparmi di una controversia la quale non potrebbe eccitarsi secondo il diritto romano, ma non lasciava di presentare qualche dubbio in relazione allo spirito della legislazione francese, ciò che potrebbe indurre in errore chi, attenendosi soltanto alle espressioni usate da un oratore del governo francese che accennerò ben tosto, ignorasse le decisioni delle Corti superiori di Francia che siffatta controversia risolvertero.

Sul punto se *due testimonii fra essi avvinti in qualunque grado di parentela od affinità*, potessero congiuntamente figurare in un testamento, puntuale presentavasi il disposto nel § 8 delle Istituzioni Giustinianee al citato titolo *De testam. ordin.*, e nella legge 22 *Qui testam. facere possunt*, ove si dice che possono figurare come testimonii in un testamento il padre ed il figlio sotto la sua potestà costituito, « *quia nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.* »

Malgrado una disposizione così chiara del diritto romano, e sebbene il codice francese non facesse cenno dell'incapacità di *due testimonii testamentari fra di loro parenti*, e le discussioni sul detto Codice seguite non aprissero in modo alcuno che quel Legislatore avesse voluto fare in proposito veruna innovazione a quel diritto che in molte provincie della Francia era pure ricevuto, tuttavia noi leggiamo che il tribuno Favard nella sua sposizione dei motivi della legge di quel Codice riflettente i testamenti, così espimevasi:

« *Les témoins ne doivent pas même être parens entr'eux.*
« *Cette prohibition est fondée sur les mêmes motifs qui les*
« *excluent lorsqu'ils sont parens des parties contractantes: les*
« *témoins doivent être, comme les notaires, à l'abri de tout*
« *soupçon.* »

Sembra che il tribuno Favard così esprimendosi nanti il Corpo

Legislativo di Francia nella precitata sua sposizione e nella seduta del 18 florile anno XI, avesse ancora presnte l'altra sposizione da lui medesimo fatta poco prima allo stesso Corpo Legislativo dell'altra legge del 25 ventoso precedente sul notariato di cui l'articolo 10 statuiva che « due notai *1 parenti « od affini nel grado proibito dall'articolo 8.º *2, non potessero « concorrere nel medesimo atto », disposizione questa che sembrava potersi per parità di ragione applicare ai testimonii che, o supplissero all'intervento di un secondo notaio, o dovessero, come nei testamenti, intervenire in numero di due o quattro, oltre due notai od uno soltanto di questi.

La prescrizione del citato art. 8 della legge sul notariato, congiunta coll'opinione rispettabile di un oratore del governo, aveva determinato il tribunale di Nivelles a dichiarare nullo il testamento di Giovanni Pietro Pierret, in cui *due fratelli* erano intervenuti come testimonii; ma sull'appello interposto dai legatarii nominati in quel testamento, invocando essi le leggi romane succitate, l'opinione conforme di due celebri antichi scrittori legali *3 e del sig. Grepier *4, la Corte d'Appello sedente in Bruxelles, colla sentenza che essa profferiva il 26 marzo 1806 *5, riparando la sentenza appellata dichiarava gli appellati destituiti di fondamento nella loro dimanda in nullità di quel testamento.

Essa considerava che « les qualités des témoins testamentaires étant déterminées par des dispositions législatives particulières aux actes de cette nature, on ne peut de ce chef invoquer la loi du 25 ventose an XI sur l'organisation du notariat; qu'au surplus ni cette loi, ni aucune autre ne déclarent point incapables d'assister aux actes notariés ceux qui sont « parens entr'eux. »

*1 È noto che l'articolo 9 della stessa legge disponeva che gli atti del ministero notarile sarebbero ricevuti *da due notai*, o da un notaio assistito da due testimonii.

*2 Cioè in linea diretta all'infinito, e nella linea collaterale sino al grado di zio e nipote inclusivamente.

*3 Ricard, *De donat.*, part. 1, cap. 5, sez. 5, num. 1956; Furgole, *Des testamens*, cap. 5, sez. 2, num. 6.

*4 Tom. 1, num 251.

*5 Riferita nella Raccolta del Sirey, an. 1812, part. 2, pag. 51.

La massima assentata in questa decisione veniva commendata dai più celebri giureconsulti francesi, come (oltre il prelodato sig. Grenier) dai signori Merlin *1, Favard *2, Toullier *3, Delvineourt *4, Duranton *5 e Vazeille *6.

15. Fin qui delle incapacità *del diritto civile*: ora mi occorre di trattare di quelle che nella nota quarta qui sopra ho detto chiamarsi *incapacità naturali*, ossia *del diritto naturale*, perchè, nel silenzio sovra di esse della legge civile, basta la ragion naturale, ed il buon senso per farle ammettere.

Prima di passare ad annoverarne quanto meno le principali, ed a discutere le conseguenze della loro ammissione, non meno che alcune quistioni che sulla capacità o non dei testimonii testamentarii in genere vennero eccitate, non eredo necessarii grandi ragionamenti per dimostrare che le *incapacità*, di cui imprendo di ragionare *non sono escluse per ciò solo che il Legislatore non le abbia nella nuova legge contemplate*.

Basta in comprowa della giustezza di questa proposizione il riflesso già da me additato nella nota 4.^a predetta che, quanto era necessario che la legge civile si occupasse delle incapacità *del diritto civile*, le quali non hanno altro fondamento che quello della legge stessa, altrettanto egli è ovvio il dire che la legge premenzionata non aveva d'uopo di dichiarare essere incapaci di assistere come testimonii in un testamento quegli individui, i quali, per le loro imperfezioni fisiche o morali, non potrebbero colla loro testimonianza riempire il voto di quella legge, la quale esige la presenza di un certo numero di testimonii in atti di tanta importanza.

La verità della premenzionata proposizione non potrebbe d'altronde contestarsi quando ad essa è conforme la dottrina di tutti i più accreditati giureconsulti della Francia, nominati nella nota precedente: *7 passiamo a farne l'applicazione ai varii individui che la proposta incapacità naturale colpisce.

*1 Rep., v.^o *Témoin instrum.*, § 2, num. 15.

*2 V.^o *Testam.*, sez. 1, § 2, art. 3, num. 10.

*3 Tom. 3, num. 403.

*4 Tom. 2, pag. 315.

*5 Tom. 5, pag. 51, num. 117.

*6 Tom. 2, art. 975, pag. 468, num. 6.

*7 Merlin, Rép., cit. loco, § 2, num. 3; Favard, v.^o *Témoin*, num. 2, e v.^o *Testam.*, sez. 1, § 3, num. 6; Grenier, tom. 1, num. 254; Toullier,

16. Fra questi incapaci devono in primo luogo annoverarsi i *sordi*, quelli cioè che sono affetti da *assoluta sordità*, dei quali fa cenno l'imperatore Giustiniano nel § 6 del citato titolo delle sue Istituzioni.

La ragione di questa incapacità è ovvia e naturale: la legge vuole la presenza di testimoni nel testamento pubblico, e nell'atto di consegnazione di quello segreto, acciò essi sentano nel primo di detti testamenti la dichiarazione della sua volontà che il testatore fa al notaio, e la lettura che questo gli dà del testamento da lui redatto, e nel secondo la dichiarazione che il testatore predetto fa allo stesso notaio che il contenuto nella carta consegnatagli è il suo testamento.

Ora come potrebbe ciò sentire ed affermare quell'individuo che sia affetto da *sordità assoluta*? Ma se la sordità del testimonia non fosse assoluta, così che egli potesse intendere ciò che si esprime con voce alquanto più forte ed elevata, facendo il notaio risultare di aver usata siffatta cautela, non potrebbe dirsi nullo il testamento per pretesa incapacità di quel testimonia *1.

17. L'imperatore Giustiniano nel citato § 6 dichiara anche i *muti* incapaci di intervenire come testimoni nei testamenti.

Il sig. Merlin *2 crede che questa disposizione della legge romana fosse stata senza fondamento adottata dall'antica giurisprudenza francese, e che essa non sia più in vigore sotto l'osservanza del codice civile, con cui vennero le leggi romane abrogate.

Egli osserva che l'esclusione dei muti era stata da quelle leggi stabilita perchè i testimoni dei testamenti di nuncupazione esplicita, la cui redazione in iscritti non era necessaria, dovessero promettere al testatore di attestare dopo la di lui morte le disposizioni per esso fatte, *repromittere testimonium*: ciò che più non avesse luogo dopo che i detti testamenti di nuncupazione esplicita furono assoggettati alla necessità dell'atto pubblico.

tom. 3, num. 300; Delvincourt, tom. 2, pag. 311; Duranton, tom. 5, num. 104; Vazeille, tom. 2, art. 980, pag. 301, num. 1.

*1 Merlin, cit. § 2, n. 4; Favard, v.° *Témoin*, num. 2; Delvincourt, tom. 3, pag. 313; Grenier, tom. 1, num. 254; Toullier, *citato loco*, num. 301; Duranton, *citato loco*; Vazeille, *citato loco*, num. 2.

*2 *Citato loco*, num. 4.

I signori Toullier, Favard e Duranton adottano questa opinione, ma nel caso soltanto che il muto sappia scrivere.

L'osservazione fatta dal sig. Merlin sul motivo dell'esclusione del muto secondo le leggi romane, ha al certo il suo peso: non così quella dell'abrogazione di quelle leggi coll'art. 7.º di quella del 50 ventoso, anno XII, pubblicata il 10 del successivo germinale (l'articolo finale del nostro codice), non pronunciando il detto articolo 7.º l'abrogazione delle leggi romane che *nelle materie formanti l'oggetto di detto codice*, il quale nulla dispone sulle capacità naturali dei sordi, muti e ciechi.

Io dubito tuttavia se, a fronte della positiva esclusione del muto pronunciata come sovra dall'imperatore romano, potrebbe presso di noi il muto predetto essere ravvisato capace di assistere come testimonio in un testamento; ma se questa opinione potesse prevalere, io crederei che la modificazione assentata dal sig. Toullier e dai prelodati due altri scrittori avrebbe tutto il fondamento; giacchè, come osserva con ragione il primo di essi, con cui collima la dottrina del nostro Richeri *1, i testimoni, di cui la legge esige la presenza nei testamenti, devono essere capaci di deporre in modo chiaro ed a tutti intelligibile della verità del contenuto in essi, ciò che far non potrebbe il muto che non sapesse scrivere.

18. Quanto al cieco il prelodato Richeri *2 osserva che, sebbene le leggi romane non siansi occupate della di lui capacità, o non, di essere testimonio in un testamento, *probabilius defenditur* che esso trovisi nella stessa posizione come il sordo ed il muto, dandone le seguenti due ragioni:

Consiste la prima nella regola sancita dagli imperatori Diocleziano e Massimiano nella legge 9 del codice *Qui testam. facere possunt*, essere nullo il testamento se i testimoni non videro il testatore; la seconda ragione egli la desume dalle leggi 4, 5 e 6 *Testam. quemadm. aper.*, non potendo il cieco, quand'anche egli sapesse materialmente scrivere il suo nome e prenome, riconoscere la sua sottoscrizione.

La stessa dottrina, per la prima di dette due ragioni, viene professata dai signori Merlin *3 e Toullier *4.

*1 *Iurispr. Univ.*, tom. 6, § 886.

*2 *Cit. tom. 6*, § 888.

*3 *Rep.*, *Témoins instrum.*, § 2, n. 4.

*4 *Tom. 3*, num. 391.

19. Nel più volte citato § 6 delle *Instituzioni*, l'imperatore Giustiniano annovera fra le persone incapaci di prestare testimonianza nei testamenti i *furiosi*, e sebbene, così in detto paragrafo, come nel § 4 della legge 20 *Qui testam. facere possunt*, non si parli che del furioso predetto, tutti gl' interpreti convengono doversi l'incapacità di che si tratta egualmente estendere agl'individui affetti da *demenza* ed agl' *imbecilli*.

Non sono però così d'accordo gli scrittori legali sul punto se il demente, il quale abbia *lucidi intervalli* possa, nel tempo in cui ne gode, essere testimonia in un testamento.

Il nostro Rieheri*1 opina in senso affermativo all'appoggio del citato § 4 della predetta legge 20, ove il giureconsulto Ulpiano, dopo di avere detto che il furioso non può essere impiegato come testimonia in un testamento, soggiunge: *sed si habet intermissionem, eo tempore adhiberi potest*.

Il sig. Toullier per contro crede che il demente non può essere testimonia in un testamento, nè anco durante i lucidi intervalli di cui egli gode, *se per causa di detta demenza fu pronunziata la sua interdizione**2.

Io trovo più fondata l'opinione del nostro giureconsulto, sia perchè precisa in proposito si è la da lui citata legge romana, la quale dee tuttora osservarsi, trattandosi di quella incapacità *naturale*, di cui non si occupa la nuova legge, e rispetto alla quale non è perciò dall'articolo finale del Codice derogato al diritto romano; sia perchè la pronunziata interdizione fa bensì prova legale dello stato abituale di demenza dell'interdetto per questa causa, ma nulla aggiunge allo stato predetto, alla più o meno continua infermità di mente dell'individuo, la quale non lascia di esistere, quantunque la di lui interdizione non sia stata provocata, come lo prova il disposto nell'ultimo alinea dell'art. 701.

Il sig. Vazeille, spiegandosi in proposito di quanto sovra, abbraccia la stessa opinione, dicendo: « En prouvant leur état » (dei testimonii testamentarii) d'aliénation mentale, on fera « tomber leur témoignage comme leur donation (ed egli cita « la legge 20, § 4 *Qui testam. facere*, soggiungendo) cette

*1 Cit. loc., n. 885.

*2 Tom. 3, n. 391. Egli cita nella nota 5 come conformi alla sua le opinioni dei signori Merlin, Favard, Grenier e Duranton.

« loi rejetait le témoignage des furieux et des fous, et elle ne
 « l'admettait, par exception, que dans les momens lucides qu'ils
 « pouvaient avoir. La règle de cette loi suivie en France avant
 « le code, s'y trouve bonne encore après le code; elle est par-
 « faitement dans son esprit, et dans la nature des choses *1 »;
 ma io convergo perfettamente col detto autore in che, a vece
 che colui, il quale impugna un testamento per incapacità di
 un testimonio preteso demente, ma non interdetto, dee giu-
 stificare la sua demenza, se l'interdizione fu pronunziata contro
 il testimonio testamentario, spetta all'erede o legatario che
 sostiene valido il testamento il giustificare che il testimonio pre-
 detto, all'epoca del testamento, godesse di un lucido intervallo.

20. La legislazione francese non riconoscendo la prodigalità
 come causa di formale interdizione, ma unicamente di deputa-
 zione al *prodigo* di un consulente giudiciario, i signori Duran-
 ton *2 e Vazeille *3 insegnano con ragione che il prodigo pre-
 detto, godendo dei diritti civili, nulla osta a che egli possa
 figurare come testimonio in un testamento.

Altrimenti opinava il Rieheri *4 adducendone per ragione il
 disposto da quelle leggi romane, le quali assimilavano il pro-
 digio al furioso, ed il riflesso che « integra non sit ipsius fides
 « prout in testibus potissimum requiritur ».

Non occupandomi di controversie che si riferiscano unica-
 mente al diritto romano, quando esse insorgere non possono
 secondo il nuovo Codice, non esaminerò se sia o non fondata
 l'opinione del giureconsulto nostro, che la prodigalità alteri le
 qualità morali del prodigo e la fede che esso può meritare,
 allora quanto meno che non trattasi del suo interesse; non di-
 scuterò parimenti se quella parificazione del prodigo al furioso
 che le leggi romane ammettevano onde permettere contro il
 primo quelle misure tutelari delle sue sostanze, e limitative
 della libera disponibilità di esse che, rispetto al secondo, la
 giustizia imperiosamente esigeva, potesse trarsi tant'oltre onde
 aggiungere un'apostilla al § 6 delle Istituzioni Giustiniane al
 tit. *De testam. ord.*; non passerò per ultimo ad esaminare se

*1 Tom. 2, art. 980, pag. 308, n. 8.

*2 Tom. 5, n. 108.

*3 Tom. 2, art. 980, pag. 309, n. 8.

*4 Tom. 6, cit. n. 885.

sotto l'impero del diritto romano l'opinione del Richeri non trovasse un più valido appoggio nella incapacità di testare, di cui quelle leggi colpivano l'interdetto per prodigalità, e nel paragrafo 6 delle Istituzioni Giustiniane, citato nella nota 1.^a a questo articolo; dirò soltanto che, se la capacità del prodigo di essere testimone in un testamento poteva, sotto l'impero delle leggi romane, presentare qualche dubbio, io credo che il di lui intervento non potrebbe in oggi somministrare un motivo sufficiente per annullare il testamento predetto.

Non trattasi qui di quella capacità od incapacità che chiamasi propriamente *naturale*, giacchè la ragion naturale non ci dice, nè che un prodigo debba essere totalmente assimilato al furioso, nè che esso non meriti fede in giudizio.

Se l'interdetto per prodigalità dovesse essere considerato incapace di intervenire come testimone in un testamento, siffatta incapacità non potrebbe considerarsi che come una incapacità *del diritto civile*.

Ora queste ultime incapacità non possono esistere, se esse non sono dalla legge civile espressamente pronunziate, ed al di lei silenzio, *rispetto alle prime soltanto*, supplisce il diritto romano; d'altronde poi la nuova legislazione avendo innovato il disposto dalle leggi romane sulla capacità di disporre per testamento che le predette leggi *toglievano* affatto al prodigo, e che l'art. 704 *limita soltanto* all'interdetto in favore dei di lui discendenti, ascendenti, fratelli o sorelle e loro discendenti e lasciandola piena ed assoluta in mancanza di essi, l'argomento di purificazione tra il prodigo interdetto ed il furioso, unico appoggio della pretesa incapacità di quello di prestare la testimonianza nei testamenti, perde tutta la sua forza, e fa nascere l'argomento contrario che a questa capacità ci somministra la regola dal Legislatore sancita nel detto art. 704.

21. Dissi nella nota 16 qui sopra che l'*incapacità**1 del sordo stabilita dalle leggi romane ha tuttora luogo sotto l'impero del vegliante Codice per consenso intorno ad essa dei più accreditati scrittori legali; ma che dirassi di quel testimone,

*1 Per non impiegare di soverchio i vocaboli *incapacità di intervenire od assistere come testimone in un testamento*, farò soltanto uso delle parole *capacità od incapacità*, il cui senso è abbastanza chiaro, avuto riguardo alla materia che sto trattando.

il quale, sebbene non sordo, possa essergli parificato, perchè esso non intenda il linguaggio, con cui il testatore si spiega?

Siffatta quistione non isfuggiva alla previdenza dei romani giuriconsulti, ed Ulpiano nella legge 20, § penultimo *Qui testam. facere possunt*, dopo di avere detto: *Non tamen intelligentiam sermonis exigimus*, soggiunge che il Divo Marco intorno ad un testimonio *qui latine non noverat*, rescriveva bastare che *sensu percipiat quis cui rei adhibitus sit.*¹

Il nostro Richeri^{*1} dice essere fuori d'ogni dubbio che la regola stabilita nella legge precitata abbia luogo nel testamento scritto, ossia di nuncupazione implicita, sia perchè il testimonio *sensu percipere potest negotium quod agitur*, sia perchè *alia lingua de negotio certior fieri potest*; che se trattasi poi di testamento nuncupativo in oggi chiamato testamento pubblico, il detto autore soggiunge: « *permittendum non videtur ut testi, sermonis ignaro, per alium aperiatur eiusdem testatoris voluntas*, ne alioquin fraudibus via facile pateat ».

La stessa controversia presentossi più volte alla decisione delle Corti superiori di Francia, e venne per esse in vario senso decisa.

La Corte di Metz, con una sentenza del 19 dicembre 1816^{*2} pronunciando sulla validità o nullità di un testamento, in cui erano intervenuti due testimonii ignari della lingua francese, riconosceva che « la presenza dei testimonii al testamento ha per oggetto di procurare la certezza legale della sincerità dell'atto, e così che esso contiene realmente l'espressione della volontà del testatore . . . ; essere perciò necessario che i testimonii abbiano tutto sentito, tutto visto, inteso tutto; perchè altrimenti il loro intervento e la loro sottoscrizione non offrirebbero alcuna guarentia; richiedersi conseguentemente che i detti testimonii conoscano la lingua, in cui il testamento venne dettato e scritto »; ma la predetta Corte, nel dichiarare valido quel testamento, si fondava sulla circostanza che risultasse dalla chiusa di esso che il notaio, prima di farlo sottoscrivere, ne aveva fatta la spiegazione, così che i testimonii che non conoscevano la lingua ne avevano compreso il contenuto.

^{*1} Cit. tom. 6, § 887.

^{*2} Riferita nella Raccolta del signor Sirey, vol. 18, part. 2, pag. 325.

Essa considerava quindi essere il notaio che estende in lingua francese il testamento che egli riceve, l'interprete ufficiale di tale atto, e che la spiegazione che esso ne aveva data meritava tanto maggiore confidenza, che essa aveva avuto luogo in presenza della testatrice, la quale conosceva le due lingue, e non avrebbe mancato di correggere gli errori se alcuno ne fosse incorso.

La Corte d'Appello di Nancy, in una sentenza del 28 luglio 1817, progrediva più avanti, considerando « che la legge investe i notai di una confidenza e di una autorità grandissima; « che sull'intervenzione e sul carattere di quel pubblico ufficiale riposa principalmente la fede dell'atto pubblico, e la « presunzione legale della sua verità *1; che il solo notaio riceve la manifestazione della volontà del testatore e ne fa risultare colle formalità dalla legge prescritte; che i testimoni « non sono incaricati di partecipare a questa operazione, nè di « verificarla . . . , ma unicamente, onde evitare i pericoli « della supposizione e della sorpresa, di certificare il testatore « e la sua liberalità . . . ; che conseguentemente un individuo, « il quale non conosceva che la lingua alemanna, aveva potuto servire di testimoniaio in un testamento che il sig. Koeller aveva dettato e che era stato scritto in francese. »

Il sig. Vazille, dopo di aver riferiti siffatti motivi della decisione della Corte di Nancy, soggiunge: « Des considérans « aussi contraires aux principes de la matière n'auraient pas mis « l'arrêt en grande considération auprès de la Cour régulatrice. » *2 »

Egli rapporta quindi gli ultimi motivi di detta sentenza ove la Corte diceva che Filippo Tailleur (il testimoniaio di cui si trattava) non era totalmente straniero alla lingua francese, e che gli altri testimoni ed il notaio conoscendo la lingua tedesca, i mezzi di reciproca comunicazione non avevano difettato, ed egli aveva potuto conoscere egualmente bene come

*1 Questo riflesso potrebbe avere qualche maggior peso in Francia, ove l'articolo 9 della legge sul notariato del 25 ventoso anno XI non esige la presenza dei testimoni agli atti ricevuti da due notai, e l'art. 971 sostituisce il numero di due soli testimoni a quello di quattro, quando il testamento è ricevuto da due notai come sovra.

*2 Tom. 2, art. 980, num. 6, pag. 505.

gli altri testimonii, il tenore delle disposizioni fatte da quel testatore.

Questo ultimo considerando (aggiunge ancora il prelodato sig. Vazeille) salvò la detta sentenza dalla censura della Corte regolatrice la quale, rigettando, colla sua *décision* del 14 luglio 1818 *1, la dimanda in cassazione di essa, rifletteva che « negli ultimi surriferiti motivi la Corte d'Appello non aveva fatto che apprezzare le facoltà personali del testimonio, ciò « che non potesse dar luogo a cassazione, e la dispensasse « dall'occuparsi degli altri motivi a cui la stessa Corte d'Appello si fosse appoggiata per dichiarare valido quel testimonio. »

Il presidente Malleville, nelle sue osservazioni sull'art. 972 del codice civile francese, proponevasi la quistione se, nei paesi allora riuniti alla Francia, potessero prendersi per testimonii nei testamenti individui i quali non conoscessero la lingua francese *2, e rispondeva: *non, sans doute, autant vaudrait qu'il n'y en eut pas.*

I signori Merlin *3, Toullier *4 e Grenier *5 sono d'accordo nell'opinione che la riferita decisione della Corte Suprema di Francia non dee considerarsi come determinante la giurisprudenza su questo punto di controversia.

Il prelodato sig. Grenier osserva che lo ammettere che al difetto di cognizione della lingua del testatore possa supplire la spiegazione che il notaio dia al testimonio del testamento nel suo idioma, pugni collo spirito della legge, la quale esige nei testamenti la presenza dei testimonii, acciò possano atte-

*1 Le due decisioni della Corte di Nancy e di quella di Cassazione sono riferite dal signor Sirey, la prima di esse nel vol. 18, part. 2, pag. 325, e la seconda nel vol. 19, part. 1, pag. 396.

*2 È noto che un decreto del governo del 24 pratile anno XI aveva prescritto che, fra un anno allora prossimo tutti gli atti dovessero, nel Belgio e nei dipartimenti riuniti del Piemonte, essere estesi nella lingua francese; permettendo però l'articolo 2 di quel decreto, che a mezza faccia della minuta francese, a richiesta delle parti, se ne potesse fare da' notai una traduzione nell'idioma usitato nel paese.

*3 Questioni di diritto, 3.a ediz., v.º Testament, § 17.

*4 Tom. 3, num. 593, e nota 2.

*5 Tom. 1, num. 253 bis.

stare *fatti personalmente intesi dal testatore*, e non raccolti per via estranea al medesimo, ed avrebbe lo stesso risultato della massima sancita dalla Corte di Nancy non essere i testimonii chiamati nei testamenti per sentire ciò che dice il testatore, ma unicamente per attestare l'*identità* di sua persona e per escludere *la violenza e l'errore*.

Il sig. Toullier non abbraccia sulla proposta controversia una opinione decisa, ed 'egli cita varie sentenze della Corte d'Appello ed una della Corte di Cassazione di Bruxelles, ed un'altra della Corte di Liegi, riferite pure dai signori Merlin e Dalloz nella sua giurisprudenza del secolo XIX, le quali abbiano giudicato non essere necessaria nel testimonio testamentario la cognizione della lingua del testatore, osservando che quelle decisioni abbiano fatta una erronea applicazione della legge 20, § penult. *Qui testam. facere possunt*, la quale non sia applicabile che al testamento scritto o segreto, e sia stata in questo senso intesa da Ricard e Furgole.

Per ultimo il sig. Vazeille, il quale si decide fortemente per la nullità del testamento in cui anche un solo dei testimonii intervenuti ignori la lingua del testatore, ci narra che la Corte d'Appello di Metz con una sentenza del 30 aprile 1835 *1 ritenne ai veri principii, considerando d'essere necessario che i « testimonii chiamati alla confezione di un testamento intendano non solo la lingua in cui esso venne dettato, ma anche quella in cui ne venne data lettura; che questa necessità risulta dalla natura stessa delle cose, poichè, avendo la legge voluto che i testimonii fossero presenti alla lettura e sottoscrivessero il testamento, essa ravvisò in tale presenza e sottoscrizione una guarentigia contro le frodi e gli errori che « potrebbero commettersi »

Dalle cose che vengo di narrare emerge non potere la giurisprudenza francese ravvisarsi stabilita e fissa sulla quistione che vengo di esaminare, sebbene l'opinione dei più accreditati scrittori di quel reame sembri pronunziata sulla necessità che i testimonii intervenuti in un testamento, quanto meno in quello pubblico, conoscano la lingua in cui il testatore dichiara la sua volontà al notaio, e questo scrive il testamento predetto.

*1 Cit. tom. 2, art. 980, pag. 507.

Avvertirò che, quando si dice non poter essere testimonio in un testamento colui che *non conosce* la lingua che parla il testatore, ed in cui è scritto il testamento, s'intende di quella *inscienza assoluta* che rende moralmente impossibile che il detto testimonio abbia potuto concepire ciò che venne *dichiarato e letto*.

Questo riflesso rendendo, nella posizione e nelle relazioni di vicinanza de' Regii Stati, ben difficile e rara la contestazione sulla validità o non di un testamento per la causa summenzionata, e soprattutto allorchè trattasi di un testamento segreto, rispetto al quale ciò che dice il testatore si riduce alle poche parole con cui egli ne accompagna la consegnazione al notaio dichiarando che *il contenuto nella carta consegnata è il suo testamento*, io prescindereò dallo entrare in maggiore disamina di siffatta controversia, e restringerommi a dire che, se si trattasse di testamento *pubblico*, malgrado la contraria sentenza di Ulpiano, io propenderei per l'opinione manifestata dal Richeri, dal sig. Toullier e dagli altri prelodati scrittori francesi antichi e moderni, ed abbracciata dalla Corte di Metz nell'ultima sua sentenza surriferita.

22. Non credo necessario lo avvertire che, quantunque il testamento non abbia forza che all'epoca della morte del testatore, la capacità dei testimonii in esso intervenuti, come afferente alla forma loro, non si esige che al tempo della confezione di essi, così che, se, per esempio, un testimonio di un testamento trovisi al tempo della morte del testatore condannato ad una pena importante la perdita dei diritti civili, ciò non abbia la menoma influenza sulla validità di quella testamentaria disposizione.

Basta il buon senso a convincerci della giustizia di questa proposizione, conforme d'altronde alla sentenza di Ulpiano nella legge 22, § 1.^o *Qui testam. facere possunt* *1.

Notisi ancora che, se in un testamento a cui siano intervenuti testimoni nel solo numero dalla legge prescritto, alcuno di essi sia incapace per qualcheduno dei motivi dalla legge nuova o dall'antica riconosciuti, il testimonio incapace figurando come

*1 Vedi anche il Merlin, Répert, v.^o *Témoin instrum.*, § 2, n. 3; Favard, Rép., v.^o *Testam.*, sez. 1, § 3, art. 3; Toullier, tom. 3, n. 403, e Vazeille, tom. 2, art. 960, n. 18.

se non avesse assistito, e mancando così il numero premenzionato, nullo è il testamento predetto. Ma se per esempio ad un testamento pubblico, in cui fosse intervenuto un testimonio minore od altro incapace, avessero assistito cinque testimoni di cui gli altri quattro capaci, l'incapacità di quel testimonio intervenuto oltre il numero richiesto non potrebbe trarne seco la nullità.

Sovra queste due proposizioni sono concordi le opinioni dei signori Toullier *1, Duranton *2 ed altri scrittori francesi.

23. Ben più grave si è la controversia se e quando l'errore comune sulla qualità del testimonio possa coprirne l'incapacità, come per esempio quando fosse comunemente ignorata la condanna contro di lui stata proferta ad una pena portante la perdita dei diritti civili, ovvero quando un testimonio minore di anni ventuno fosse comunemente creduto maggiore.

È nota ai legali la celebre legge *Barbarius Philippus* 3.^a *De officio praetorum*, la quale fece ammettere il legale adagio che noi troviamo parimente nel § ultimo della legge 5.^a *De supellectili legata*, che *error facit jus*, con quali leggi collima la disposizione sancita dall'Imperatore Giustiniano nel § 7 delle sue Istituzioni al titolo *De testam. ordin.*, rispetto ad un testimonio testamentario servo che da tutti era creduto libero, ed a cui è conforme la legge 1. cod. *De testam.*

Quantunque nella precitata legge *Barbarius Philippus* il giureconsulto Ulpiano si proponga un caso singolare, quello cioè di un servo che creduto libero abbia coperto l'ufficio di pretore, ed esaminando se nulle siano le provvidenze da lui date, dice soltanto *humanius esse nihil eorum reprobari*, sebbene gli imperatori Adriano e Giustiniano nella citata legge 1.^a Cod. *De testam.*, e nel pure citato paragrafo delle Istituzioni si proponessero l'altro caso particolare del servo creduto libero, tuttavia la regola sugli effetti dell'errore comune venne per universale consenso degli scrittori legali antichi e moderni *3 estesa all'incapacità dei testimonii testamentari (ed istrumen-

*1 Cit. loc., n. 406.

*2 Tom. 5, num. 120 e 121; ved. anche il Vazeille cit. loc., n. 19.

*3 Richeri, Giurispr. Univ., vol. 6, § 872; Furgole, *Des testam.*, cap. 3, sez. 1, n. 7; Merlin, *Rép.*, v.^o *Tém. instr.*, § 2, n. 3; Toullier, tom. 3, n. 407; Grenier, tom. 1, num. 236; Delvincourt, tom. 2, pag. 312; Duranton, tom. 5, n. 509.

tari) *derivante dalla privazione dei diritti civili e di sudditanza.*

A questa dottrina sono conformi una decisione del Parlamento di Dijon del 3 febbraio 1756, una sentenza della Corte di Limoges del 7 dicembre 1809, un'altra della Corte di Grenoble del 14 agosto 1811, ed una decisione della Corte di Cassazione sedente in Parigi del 28 febbraio 1811 *1.

Trattavasi nella specie decisa dalla prelodata Corte regolatrice di un testamento in cui era intervenuto come testimonio un certo Giuseppe Isselè badese di origine, non naturalizzato francese, ma però dimorante in Francia fino dall'anno 1785 *2, il quale *era comunemente creduto francese*, e come tale era stato iscritto nella Guardia nazionale, ed ammesso a votare nelle assemblee primarie, godendo in tal modo i diritti e sopportando i pesi della cittadinanza di Francia. La Corte d'Appello sedente in Colmar aveva dichiarato valido quel testamento. La Corte regolatrice, a cui la sentenza veniva denunziata, rigettando la relativa dimanda considerava che « ritenute le surri-
« ferite circostanze, il costante godimento della qualità di fran-
« cese, e l'opinione comune dichiarata costante bastavano per
« giustificare l'ammissione del teste Isselè in qualità di testi-
« monio all'atto di che si trattava. »

Se a petto delle cose da me svolte sulle dottrine e sulla giurisprudenza assentata può ravvisarsi stabilito l'effetto dell'errore comune sulla incapacità di un testimonio testamentario *derivante dal difetto in esso dei diritti civili*, molto più dubbia presentasi la controversia quando l'incapacità del testimonio *provenga dalla mancanza in esso dell'età*, che la legge vuole nei testimoni testamentari, e così quando nel testamento siano intervenuti uno o più testimoni *minori e creduti maggiori di anni ventuno.*

*1 La sentenza della Corte di Grenoble è riferita nel *Journ. du Pal.*, 2. ediz., tom. 10, pag. 854, e quella della Corte di Cassazione è rapportata dal signor Merlin, Rép., tom. 16, v.º *Ignorance*, § 2, num. 9; dal signor Favard, Rép., v.º *Testament*, sez. 1, § 3, art. 3, n. 7, e dal sig. Grenier, cit. num. 230.

*2 Siffatta questione non potrebbe insorgere presso di noi, giacchè l'art. per la capacità dello straniero si contenta di una residenza triennale nei Regii Stati. I motivi però della decisione non tralasciano di fissare la giurisprudenza sovra qualunque altra mancanza dei diritti civili, come quella per condanna alla perdita loro.

Il nostro Richeri *1, invocando le trite regole che noi abbiamo nelle leggi 10 e 11, § 13 *De legibus*, generalizza gli effetti dell'errore comune sulle qualità dei testimoni testamentari, e le applica al caso in cui (secondo il diritto romano) *pupillus pro pubere habitus testimonio dicendo adhibitus sit*.

Ma la Corte d'Appello sedente in questa città, con una sentenza proferta il 17 febbraio 1806 nella causa Pellolio, Maffei e Alberti *2 sul testamento di Francesco-Luigi Maffei, a cui erano intervenuti due testimoni minori, non avuto riguardo alla prova che l'erede testamentario chiedeva coll'opportuna deduzione di somministrare che « i detti testimoni erano comunemente riputati maggiori, sia al loro aspetto, sia per le assicurazioni che essi facevano di avere compiuta la maggioranza, e che interrogati sulla loro età prima che sottoscrivessero il testamento, avevano dichiarato di essere maggiori, » confermava la sentenza del tribunale di detta presente città, con cui il detto testamento era stato dichiarato nullo *3.

Egli è vero, che fra i motivi di detta sentenza noi leggiamo il seguente: « Che di più l'appellante non s'offre di dedurre la prova del comune errore relativo alla età dei testimoni testamentari, da molteplici atti pubblici desunta, ma solo dacchè gli stessi testimoni dicevano di essere maggiori in presenza di altri testimoni che vuol far esaminare ». Ma nei primi motivi di detta sentenza noi troviamo che la Corte d'Appello confutava gli argomenti che l'appellante desumeva, e dalla legge *Barbarius Philippus*, e dalle altre leggi romane qui sovra citate, dicendole inapplicabili alla specie, e quindi soggiungeva: « che nel concreto non vi concorre verun motivo di pubblico vantaggio per dare ad una fittizia maggioranza la stessa forza attribuita dalla legge alla maggioranza reale, se si osserva che non sarà mai molto difficile e di radunare il numero di testimoni voluto dalla legge, e di assicurarsi della vera loro età. »

Io revoco perciò in dubbio l'esattezza dell'osservazione fatta

*1 Cit. § 872 del vol. 6.

*2 Riferita nella Raccolta dell'Accademia, vol. 3, pag. 418, e dal signor Denevers, nella sua Raccolta del 1806, pag. 114 del suppl., non meno che dal signor Grenier, cit. loc.

*3 La sentenza del tribunale venne rapportata nella stessa Raccolta, vol. 2, pag. 488. Nota che trattavasi di un testamento alla forma mistica.

sulla detta sentenza della Corte di Torino dal sig. Vazeille, ove egli dice: « Les motifs de l'arrêt donnent à penser que la Cour « aurait reçu la preuve d'une possession de majorité par des « actes publics répétés » *1.

Dirò poi che questa sentenza venne riferita dal sig. Merlin *2, dal sig. Favard *3, non meno che dai signori Grenier, Toullier e Delvincourt *4 e dai medesimi approvata.

Nel Diario Forense *5 vengono citate varie decisioni delle Corti di Limoges, di Colmar, di Tolosa, di Poitiers e d'Amiens quali conformi a quella surriferita della Corte di Torino, ed una decisione della Corte d'Appello d' Aix del 30 luglio 1838, la quale avrebbe ammesso l'errore comune anche rispetto all'età del testimone, quando la dichiarazione di pretesa maggioranza da esso fatta aveva l'appoggio di *molti atti*, in cui egli avesse figurato come maggiore, inducenti una notorietà pubblica di quella data sua età.

Chiuderò le mie osservazioni sull'errore comune ed anche sulla importante materia della capacità o non dei testimoni testamentari, con riflettere che, essendo caso strano che siffatto errore possa accadere *sul sesso* di taluno di detti testimoni, ed il nostro articolo avendo sostituita la dimora triennale nei registri alla necessaria sudditanza, la controversia premenzionata sugli effetti dell'errore si ridurrà pressochè ai due casi da me accennati in principio di questa nota, quello cioè dell'età del testimone e l'altro della perdita da esso incorsa dei diritti civili.

755. Il sordo-muto, ed il muto soltanto, o siano tali dalla nascita, o lo siano divenuti dopo, sapendo scrivere potranno fare un testamento segreto, purchè sia interamente da essi scritto e sottoscritto, e lo presentino

*1 Cit. tom. 2, art. 980, pag. 514, n. 15.

*2 Rép., v.º Ignorance, § 2, num. 9, e v.º Témoin instrum., § 2, num. 5.

*3 Rép., v.º Testament, sez. 1.ª, § 3, art. 3, n. 7.

*4 Grenier, cit. tom. 1, n. 256; Toullier, tom. 3, n. 407, e Delvincourt, tom. 2, pag. 512.

*5 Tom. 34, pag. 106.

essi al Notaio, in presenza dei testimoni, ed in fronte all'atto di consegnazione scrivano in presenza degli stessi testimoni e del notaio, che la carta presentata contiene il loro testamento.

Il notaio nell'atto di consegnazione esprimerà, che il testatore ha scritto le indicate parole alla presenza di esso notaio e dei testimoni, e si osserverà nel resto tutto ciò che è prescritto nell'art. 751.

1.^o Comincerò le osservazioni sopra questo articolo riferendo i termini di cui valevasi il Senato di Nizza nella decisione del 10 settembre 1785, referente D. Trincheri a S. Antonino, proferta sopra il testamento di un sordo-muto nella causa *utrinque Amei*: « Nemo est, licet paulisper dumtaxat in romana iuris-
« prudentia versatus, qui ignoret testamenti factionem non pri-
« vati sed pubblici iuris esse; ideo non sufficit ut quis velit,
« sed in primis requiritur ut possit testari; et inter eos qui
« testandi facultate arcebantur; primis legum cunabulis recen-
« sebantur, non solum mutus et surdus simul, sed etiam *mutus*
« vel *surdus tantum*, licet alia ratione declarare suam volun-
« tatem possent (Leg. 6, § 1.^o *Qui testam. facere possunt*):
« ille quia *verba nuncupationis loqui*....., nec testes accire
« ac rogare poterat; iste quoniam..... nec testimonium sibi
« perhibentium verba exaudire valebat: tam verum est mutum
« aut surdum testamentum facere non potuisse, ut, si agcretur
« de pagano, testari solummodo poterat si a principe impetra-
« verit (Leg. 7 dicto tit.), si a milite... *1 ».

Proseguiva quindi il Senato narrando come l'Imperatore Giustiniano avesse questa giurisprudenza in parte confermata ed in parte emendata nella legge 10 Cod. *Qui testam.*, correggendole in vero rispetto al sordo-muto *per accidente* se sapesse scrivere (*si literas didicerit*), e quanto all'individuo affetto da sordità soltanto se possa favellare, ed al muto se sappia scrivere, mantenendola però rispetto al sordo-muto *di nascita*.

*1 Questa decisione è riferita nella Raccolta del signor Avvocato Duboin, serie dei testamenti, tom. 1, pag. 335, e seg.

A quale positiva legge uniformandosi il Magistrato di Nizza, non credendo influente al merito della causa l'esistenza in Francia di una scuola in cui s' insegnasse ai sordo-muti a scrivere, e ravvisando inetti i capitoli dedotti dai nipoti del testatore Nicolò Amei instituiti eredi universali, a giustificare che quest' ultimo fosse divenuto sordo-muto *per accidente* e sapesse scrivere, detti capitoli rigettava colla sentenza di detto giorno 10 settembre 1785.

Al cospetto di leggi così positive quali sono quelle che dal Senato di Nizza si applicavano nella premenzionata causa, convien credere che il Giovanni Antonio Marazio, il di cui testamento veniva dichiarato valido colla sentenza proferta dal Senato di Piemonte il 25 giugno 1770 a relazione del senatore Selarandi-Spada *1, non risultasse sordo-muto *a nativitate* come si *allegava* dal Germano Marazio di lui fratello che ne impugnava il testamento *2, ovvero che dagli esami in quella causa seguiti il detto testatore non risultasse intieramente sordo-muto.

Ho richiamato alla memoria de' giovani miei lettori le surriferite disposizioni del diritto romano, a cui aggiungerò quella contenuta nella legge 29 Cod. *De testam.* portante che « Si « talis est testator qui neque scribere, neque articulate loqui « potest, mortuo similis est, et falsitas in elogiis committitur », acciò non le perdano di vista come quelle che giovano all' intelligenza di questo articolo.

Egli è adunque costante, che secondo il diritto romano il *muto che non sapeva scrivere non poteva far testamento*, sia che egli fosse muto dalla nascita, o che il fosse diventato per accidente, giacchè non potendo egli fare un testamento scritto ossia alla forma mistica, non poteva nemmeno farne uno di nuncupazione esplicita, perchè *verba nuncupationis loqui non potest*.

Siffatta incapacità, la quale è nel novero di quelle che i giureconsulti chiamano *ob corporis vitium*, e che può anche chia-

*1 Citata nella Pratica Legale, parte 2, tom. 4, pagina 111 della prima edizione.

*2 Questa congettura trova appoggio nella notizia che nel detto volume sussegue la riferita sentenza dalle principali difese impiegate dal Germano Marazio; ove si dice che egli « *allegava* (notisi l'espressione) che il suddetto Giovanni Antonio Marazio nacque, visse e morì intieramente muto e sordo. »

marsi incapacità *del diritto naturale*, è così manifesta che il legislatore non aveva bisogno di pronunziarla. Come diffatti potrebbe dirsi che abbia, in conformità dell'articolo, 747 *dichiarata la sua volontà al notaio* quel testatore che non può parlare, sia che egli sia muto dalla nascita, sia che abbia perduto l'uso della loquela per accidente o per causa d'infermità?

I segni con cui alcune volte il muto cerca di far comprendere i suoi concetti e le sue volontà, e che possono essere più o meno intesi da coloro che con lui convivono o che abbiano con esso frequenti relazioni, sarebbero mezzi troppo pericolosi di manifestazione della volontà predetta, onde al loro impiego il legislatore affidar potesse la sincerità di un atto così importante qual si è quello del testamento.

Sebbene perciò l'articolo, 979 del Codice civile francese, nello stabilire che « nel caso in cui il testatore *non possa parlare*, « ma possa scrivere, potrà egli fare un testamento alla forma « mistica » chiaramente gli interdicesse la facoltà di fare un *testamento pubblico*, e comprendesse in quella generale prescrizione così il muto soltanto come il sordo-muto o di nascita o per accidente, ed anche colui che per infermità avesse totalmente perduto l'uso della loquela, non era necessario il rinnovare quella prescrizione all'oggetto di stabilire l'incapacità premenzionata.

Dissi che il precitato articolo 979 del codice francese, sotto i vocaboli *testatore che non possa parlare*, intendeva di comprendere anche il muto ed il sordo-muto, ciò che sembrava non poter fare oggetto di dubbio, e che tuttavia come osserva il Vazeille *1, onde convincerne gli increduli, necessitò una dissertazione del sig. Merlin *2 ed una decisione della Corte di Appello di Colmar del 17 gennaio 1815 che il detto autore riferisce. Il nostro articolo sostituendo ai detti vocaboli le parole *Il sordo-muto ed il muto soltanto*, evitò siffatto dubbio, mentre d'altro canto le espressioni allusive al detto muto dicenti che *tale sia divenuto dopo la nascita*, comprendono certamente anche colui che per infermità abbia perduto l'uso della loquela.

*1 Tom. 2, art. 979, pag. 499, num. 2.

*2 Rép., v.^o *Sourd-muet*, n. 5; vedi altresì Grenier, tom. 1, num. 285 Toullier, tom. 3, n. 477; Duranton, tom. 3, n. 153.

Avvertirò adunque que' miei lettori, a cui ho particolarmente diretta questa nota, esserc certo ed indubitato che « il sordo-
« muto ed il muto soltanto, siano tali dalla nascita o lo siano
« divenuti dopo, e così anche colui il quale per infermità abbia
« perduto l'uso della loquela, *non possono disporre per testa-
« mento pubblico* », sia perchè così disponeva il preesistente
diritto romano, sia perchè così c' insegna la ragion naturale e
l'impossibilità in cui essi trovansi di *dichiarare la loro vo-
lontà al notaio*, sia per ultimo dacchè l'articolo * non permet-
tendo ad essi che il *fare un testamento segreto se sanno scri-
vere*, loro interdice il testare nella pubblica forma.

2.º Ma acciò un testamento fatto per *atto pubblico* possa es-
sere con fondamento impugnato come fatto da un muto o da
persona che non potesse parlare, non basterebbe il giustificare
che il testatore avesse una *grande difficoltà* nel profferire le pa-
role, tuttavolta che coll'uso di esse, e non soltanto con segni,
egli potesse far comprendere ciò che diceva: si esige per ciò
la prova di una impossibilità *assoluta* d'i parlare.

L'imperatore Giustiniano nelle sue *Instituzioni* al § 3.º, del
titolo 12, lib. 2 così esprimevasi: « Nam et mutus is intelli-
« gitur qui eloqui nihil potest, non qui *tarde loquitur* »: tale
è parimente la dottrina insegnataci dal sig. Grenier *1, e da
altri autori.

Non occorre nemmeno avvertire che colui il quale impugna
un testamento pubblico a pretesto che il testatore *non potesse*
per qualunque causa *parlare*, dee somministrare la prova di
siffatta impossibilità, e che non può farsi gravitare sull'erede
o sul legatario il peso della prova esclusiva della mutolezza,
come dirò in altra nota sovra questo articolo; ma se un notaio
il quale abbia ricevuto il testamento di una persona, la quale
si pretenda che al tempo di esso *non potesse parlare*, unifor-
mandosi al disposto dall'articolo 747, avrà fatto risultare che
il testatore *gli abbia dichiarata la sua volontà* in presenza dei
testimoni, *la prova* dell'impossibilità predetta sarà essa ammis-
sibile *per testimoni* e senza necessità di iscrizione in falso in-
cidentale?

Ho esaminata questa controversia nelle note 18 e 21 all'arti-
colo 701, alle quali non ho perciò che a rimandare il lettore.

*1 Tom. 2, n. 284 in fine.

3.° Nella nota prima qui sovra ho detto che l'Imperatore Giustiniano, riformando nella legge 10 cod. *De testam.* la legislazione precedente, permetteva al muto ed al sordo-muto, *divenuti tali per accidente*, il fare testamento se essi sapessero scrivere, mantenendo soltanto malgrado siffatta scienza l'incapacità portata dalle leggi anteriori, rispetto a quelli che fossero sordi-muti *ex natiuitate*.

Il divario adunque che passa tra l'ultimo stato della legislazione romana rispetto alla capacità di testare in iscritto del sordo-muto che sa scrivere, e quella stabilita dal nostro articolo, consiste in ciò che il diritto romano restringeva siffatta capacità al sordo-muto *divenuto tale per accidente*, e che il Codice gliela concede anche quando egli *sia tale dalla nascita*: veggiamone il motivo.

Il sig. consigliere di Stato Bigot-Prémeneu nella sua esposizione al corpo legislativo di Francia dei motivi della legge sulle donazioni e sui testamenti formante parte di quel Codice, parlando dell'art. 936 di esso che permette al sordo-muto che sa scrivere di accettare da se solo una donazione, e così senza l'assistenza di un curatore *1, esprimevasi nei termini seguenti: « Depuis que par les heureux efforts de la bienfaisance et du génie, les sourds-muets ont été rendus à la société, ils sont devenus capables d'en remplir les devoirs et d'en exercer les droits ».

« Grace au zèle et aux talens (così ragiona il sig. Grenier, citando il surriferito squarecio del discorso dell'oratore francese) des célèbres abbés de l'Épée et Sicard *2, on ne se rait pas étonnés aujourd'hui de voir des testaments faits et écrits avec netteté et intelligence par des sourds-muets ».

*1 Disposizione questa che venne dal Sovrano Legislatore nostro adottata nell'articolo 1152 con relazione all'articolo 985, in cui estendendosi la facoltà di accettazione conceduta al sordo-muto dalla legge francese, all'accettazione dell'eredità, si riempì una lacuna in proposito lasciata dall'art. 776 del codice di quel reame.

*2 Primi autori ed inventori in Francia dell'insegnamento ai sordi-muti, sulle cui tracce il rispettabile Abbate Assarotti fondava nella città di Genova il pure celebre e così proficuo istituto del sordo-muti ivi tuttora esistente, che diede la spinta allo stabilimento di alcune private scuole per questi infelici anche nella Dominante.

« C'est sans doute aux merveilles opérées par ces deux bien-
 « faiseurs de l'humanité que faisait allusion M. Bigot-Préameneu,
 « lorsqu'il disait . . . »

Se però molti sordi-muti, mercè le istruzioni che ricevono, giungono a sviluppare le loro facoltà intellettuali in modo da discernere e conoscere i loro interessi, da concepire e saper consegnare in iscritto gli atti di un libero esercizio di quel diritto di proprietà che costituisce uno dei principali vantaggi della civile società, non è niente meno vero che il difetto in essi dell'uso della parola esigeva maggiori cautele nei testamenti di cotali individui.

Non potendo essi testare che *in iscritti*, e non potendo, nel consegnare le disposizioni per essi redatte al notaio, dichiarare al medesimo che *la carta che presentano contenga il loro testamento*, dovette il Legislatore provvedere a chè siffatta dichiarazione, così indispensabile alla legalità del testamento *segreto*, venga eseguita in quell'altro modo, di cui i medesimi sono capaci.

Si è perciò che il presente articolo, desunto dal precitato articolo 979 del codice civile francese, vuole che il muto ed il sordo-muto, presentando al notaio il testamento segreto per essi scritto « *in fronte all'atto di consegnazione* scrivano « in presenza dei testimonii e di detto notaio che la carta *presentata* contiene il loro testamento »; e mentre agli altri testatori, i quali godono del dono della favella, l'art. 750 permette di far scrivere da una terza persona il loro testamento segreto, purchè lo sottoscrivano tanto alla fine della disposizione come in ciaschedun mezzo foglio, per una maggiore cautela vuole che il testamento segreto del muto o del sordo-muto, *sia intieramente da lui scritto e sottoscritto*.

Notisi che la scritturazione dall'articolo prescritta dee farsi dal testatore *in fronte all'atto di consegnazione*, come quello che, giusta l'articolo 886, dee essere dal notaio; in un col testamento segreto, conservato nel suo minutorio, e questa formalità, come le altre tutte in questo articolo stabilite, è una di quelle che, a termini dell'art. 802, devono osservarsi a pena di nullità del testamento.

4.º La sollecitudine del Legislatore onde assicurare che la carta consegnata dal muto o sordo-muto al notaio contenga realmente la disposizione testamentaria da lui divisata, non si ap-

paga che esso scriva, in fronte dell'atto di consegnazione, quella dichiarazione che egli non può fare verbalmente; vuole di più l'articolo che il notaio « nell'atto (premenzionato) « esprima che il testatore ha scritto le indicate parole alla presenza di esso notaio e dei testimoni ».

Questa menzione è altresì di rigore, ed al difetto della medesima non potrebbe supplire la reale esistenza di quelle parole in fronte dell'atto di consegnazione, e la prova che si volesse somministrare che esse sono scritte di mano e carattere del testatore.

Questa proposizione trova il suo appoggio nei seguenti due riflessi: il primo che la prova preaccennata giustifichi bensì che quelle parole furono scritte dal muto o dal sordo-muto, ma non che esse furono scritte *in presenza del notaio e dei testimoni*, presenza questa che l'articolo esige come una formalità essenziale.

Il secondo riflesso consiste in ciò che il Legislatore, esigendo dal notaio *la menzione* preindicata, non ha voluto far dipendere la certezza morale sull'adempimento, o non della stessa formalità dalla prova sempre oscillante della *verificazione del carattere*, nel che egli fu consentaneo a se medesimo in una delle principali ragioni che lo determinarono a non ammettere la facoltà di disporre con *testamento olografo*.

5.º Osserva con ragione il sig. Grenier *1 che, collo stabilire le maggiori formalità prescritte pei testamenti dei muti, e sordomuti, il Legislatore (nell'art. 979 del codice francese e diremo anche nell'articolo presente) « ha perfettamente supplito al « difetto della parola per parte di tali testatori, ed ha procurati « mezzi sufficienti di assicurarsi della loro volontà ».

Può tuttavia succedere, ed accade talora che un muto o sordomuto, senza essere dotato di quel discernimento, di quelle cognizioni, o di quella libera e ragionata volontà che si esige in colui che, col disporre per testamento, esercisce uno dei più importanti atti della vita sociale, abbia macchinalmente imparato a scrivere ed a *copiare* un certo corpo di scritturato.

Di questa possibilità ne fa fede l'art. 983 il quale, per autorizzare il sordo-muto ad accettare da se solo l'eredità che se

*1 Tom. 2, pag. 286, num. 283 in fine.

gli è devoluta, esige riunite in esso le due circostanze che egli sappia scrivere, e che non sia sotto tutela *1.

Se adunque il testamento fatto in conformità di questo articolo da un muto o sordo-muto venisse impugnato dai di lui eredi legittimi per incapacità morale di testare, sarebbe essa ammissibile la prova testimoniale di siffatta incapacità, come quando i predetti eredi volessero in tal modo giustificare che il testatore difettava delle facoltà intellettuali, che era incapace di concepire e ridurre in iscritto concetti bene intesi e determinazioni sensate, che esso non scriveva salvo che sovra formolarii antepostigli, e simili?

Sovra questa controversia ancora, come su quella da me posta nella nota 2.^a qui sopra, non ho che a riferirmi a quanto ho ragionato nelle note 18 e 21 all' art. 701.

Se poi, a seconda dell' opinione da me manifestata in dette note, la prova testimoniale preaccennata è ammissibile, non sembra in vero necessario lo avvertire che non spetta all' erede testamentario od al legatario il provare che il muto, od il sordo-muto che ha testato regolarmente fosse, per imperfezione morale, capace di ciò fare, ma cadere bensì sull' erede legittimo, che impugna il testamento, il peso della prova di siffatta incapacità, sarà tuttavia opportuna cosa il dirlo, giacchè la Corte d' Appello sedente in Colmar, colla sentenza per essa profferta il 17 gennaio 1815, da me citata nella nota 1.^a qui sopra, poneva a carico del legatario la prova della capacità del testatore, e consimile giurisprudenza veniva adottata con un' altra sentenza del 19 dicembre 1822 *2 profferta dalla Corte di Bruxelles, una delle più rinomate dell' antico impero francese, decisioni queste che dal già procuratore generale Merlin *3 vengono giustamente censurate.

Questo riflesso riceve parimenti applicazione alla prova di mutolezza di un testatore, quando il testamento pubblico da lui fatto è per tale causa impugnato, del che feci cenno nella nota 2.^a sopra questo stesso articolo.

*1 Nella nota 3, all' art. 368, ho detto che la sola qualità di sordo-muto non può essere causa della di lui interdizione; ma potersi questa contro di esso pronunziare per imbecillità, allorquando siffatta morale imperfezione vada a quella fisica unita.

*2 Citata dal signor Vazeille, tom. 2, art. 979, pag. 300, n. 2 in fine.

*3 Rép. v.^o Sourd-muet, n. 5.

756. Quegli che è privo interamente dell' udito, ma sa leggere, volendo fare un testamento pubblico, oltre l'osservanza delle solennità prescritte negli articoli 747, 748 e 749, dovrà leggerlo alla presenza del notaio e de' testimoni, ed il notaio farà di ciò espressa menzione. Ove il testatore non sappia, o non possa leggere, dovranno intervenire cinque testimoni, de' quali tre almeno sottoscrivano il testamento.

1.º Il Jachia nelle sue questioni medico-legali diceva: « Illud « notum est cuique *1 *surdos a nativitate, mutos simul existere* » motivo forse questo per cui l'imperatore Giustiniano, nella legge 10 cod. *Qui testam. facere possunt* (citata nella nota 1.a all' art. precedente) statuiva non potesse il sordo-muto di natura testare, *quia manifestare voluntatem suam certe non potest*.

Il prelodato imperatore nella stessa legge, rescriveva però che « *surdus tantum non prohibetur testamentum condere eo « modo quo per rerum naturam potest scripto vel voce* ».

Ma questa facoltà concessa al *sordo soltanto* dalla precitata legge romana, la quale poteva aver luogo finchè, giusta quanto disponeva la legge *Hac consultissima*, 8.a del titolo predetto, l'intervento del così detto *tabellione* non era necessario, che pel testamento del cieco, potè essa mantenersi dopo che i legislatori di pressochè tutte le colte nazioni esigettero che i testamenti *pubblici*, e gli atti di consegnazione di quelli *segreti*, fossero ricevuti da' notai, ed imposero a questi uffiziali l'obbligo di dare di quegli atti lettura ai testatori in presenza dei testimoni? Giacchè egli è ovvio che colui, il quale è affetto *da totale sordità*, non può sentire quella lettura degli atti premenzionati che ne costituisce la pubblicazione.

Dissi *sordità totale*, perchè una sola imperfezione nell' udito, e difficoltà di sentire e comprendere ciò che si dice o si legge, non sarebbe sufficiente per far considerare qual *vero sordo* colui che ne fosse affetto, tuttavolta che parlandosgli all' orecchio,

*1 Lib. 2, quest. 8., tit. 1, n. 5.

o ad alta voce, o valendosi egli dell' aiuto di una cornetta, possa supplirsi efficacemente a siffatta imperfezione; diffatti l'imperatore Giustiniano nel § 5, lib. 2, tit. 12 delle sue Istituzioni, dopo di aver detto che non sempre il sordo può fare testamento, soggiunge: *Utique autem de eo surdo loquimur qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit.*

La facoltà di testare concessa al sordo dal diritto romano, rimase essa dipendente dal punto se le sanzionate leggi particolari abbiano o non attaccata la pena della nullità dei testamenti al difetto della lettura di essi al testatore, a cui equivale una lettura data a colui che non può sentirla?

Lo scopo che mi sono prefisso non mi permette di entrare nella disamina di una controversia che si riferisce esclusivamente alle leggi ed alla giurisprudenza precistenti: veggiamo cosa sopra questa materia siasi fatto o non fatto nelle nuove legislazioni.

Il codice civile francese non si occupa in alcun luogo del testamento del sordo: questo silenzio spinse alcuni autori, ed in ispecie i signori Merlin *1 e Vazeille *2 ad esaminare la controversia se il sordo che sa leggere, possa, ed in qual modo fare un testamento.

Essi convengono parimente, e con ragione, non poter esservi difficoltà sulla facoltà competente al detto sordo di testare nella forma olografa, presso di noi non ricevuta, giacchè siffatto testamento riceve tutta la sua forza ed autenticità dalla scrittura di esso, apposizione della data e sottoscrizione del testatore, senza intervento di verun pubblico ufficiale, e senza esigere veruna presentazione di detto testamento olografo all' ufficiale predetto, se non che ad altro oggetto, quello cioè della sua esecuzione prescritta dall' art. 1007 del codice civile francese, è che dee farsi al presidente del tribunale di prima istanza del circondario in cui ebbo luogo l'apertura della successione.

Passando poscia al testamento pubblico, i prelodati autori credono che l'individuo intieramente sordo non possa farlo, sia perchè egli non può sentirne la lettura (formalità questa dalla legge ravvisata indispensabile ad eseguirsi in tale testamento)

*1 Rép. v.º *Sourd-muet*, n. 3.

*2 Tom. 2, art. 979, n. 1.

sia anche perchè, in loro senso, il *totale difetto dell'udito* arrechi danno al morale, ed all'intendimento dell'individuo.

Non discuterò il maggiore o minore fondamento di questa opinione sull'incapacità *del sordo* di fare un testamento *pubblico*, e massimamente del secondo motivo che il sig. Vazeille ne adduce.

Rileverò per contro che i compilatori del Dizionario generale del diritto moderno *1 rispondono alla difficoltà desunta dacechè il sordo non può sentire la lettura di detto testamento, osservando che, dopo la di lui redazione « il notaio può rimetterlo al testatore acciò lo legga egli stesso ad alta voce e fargli « dichiarare che esso contiene realmente le sue intenzioni », e soggiungendo additarsi dal prelodato signor Merlin questo ripiego onde supplire al difetto di lettura *2.

E tale appunto fu il mezzo termine adottato dal Sovrano Legislatore nostro onde conciliare quella facoltà di testare che il diritto romano concede al sordo per accidente *che sa leggere* colla necessità di premunire il di lui testamento da quei pericoli di frode a cui lo renderebbe soggetto il non potersene da quel testatore sentire la lettura.

A vece della lettura che il notaio dovrebbe darne al medesimo, in presenza dei testimonii, a mente dell'articolo 747, si è il testatore stesso che, compitane la redazione, deve farne la lettura in presenza del notaio e dei testimonii.

E siccome questa lettura è un fatto *fuggitivo*, la cui esecuzione non potrebbe altrimenti accertarsi che colla deposizione di coloro che furono testimonii al testamento, non volendo il Legislatore far dipendere dalla prova testimoniale siffatto accertamento, esige l'articolo che della lettura premenzionata il notaio ne faccia espressa menzione, a pena di nullità del testamento predetto, come si evince dall'articolo 802.

2.º Che se poi il sordo, ossia quegli che sia intieramente privo dell'udito non sappia leggere, e non possa perciò rispetto al medesimo supplirsi a quella lettura che l'articolo 747 prescrive, in tal caso il Legislatore non ha voluto privarlo di quella facoltà di testare che la legge romana gli concedeva.

*1 V. *Testament*, n. 42.

*2 *Rép.*, v.º *Sourd-muet*, n. 4.

L'intervento di un testimonio di più, il quale sia capace di sottoscrivere il testamento, gli è parso una sufficiente cautela onde assicurare la sincerità della testamentaria disposizione, mercè la lettura che il notaio dovrà dare del testamento ai cinque testimoni e la sottoscrizione di tre almeno di essi.

3.° Abbiamo veduto qui sopra che il Codice civile francese non si occupa in alcun luogo del testamento *del sordo*: il nostro Codice non parla in questo articolo che del testamento *pubblico*: che dirassi intorno al testamento *segreto* di colui che sia privo interamente dell' udito?

I signori Grenier *1 e Vazeille *2 si occupano di questa controversia, e la risolvono per la capacità di testare in questa forma, tuttavolta che il sordo *sappia leggere*, giacchè l'articolo 978 di quel Codice francese (a cui è conforme il nostro 753) dispone in modo generale che coloro soltanto che non sanno o non possono leggere, non potranno fare alcuna disposizione per testamento segreto.

Questo stesso articolo somministra al prelodato sig. Grenier un argomento per risolvere la come sopra proposta quistione, osservando egli che, appunto perchè esso non interdice la facoltà di disporre per testamento segreto che a coloro che non sanno leggere; la facoltà di testare in tal modo debba ravvisarsi conceduta a quelli che il sanno, senza restrizione alcuna rispetto al sordo.

Io osservo di più che la sostanza del testamento segreto consiste nella carta che contiene le disposizioni testamentarie scritta dal testatore e da lui sottoscritta, o fatta scrivere da un terzo e dal testatore predetto sottoscritta così in fine, che in ciaschedun mezzo foglio.

Il Legislatore, nel permettere a *colui che sa leggere* il far scrivere da un terzo il testamento segreto, non vi ravvisa pericolo di infedele redazione, dovendosi credere che quel testatore non apporrà alla carta predetta le sottoscrizioni dalla legge volute, senza prima accertarsi, colla lettura di essa, che le volontà da lui manifestate all'estensore furono dal medesimo consegnate fedelmente in quella carta.

Ora di siffatta verificaazione è egualmente capace colui che è

*1 Tom. 1, n. 282.

*2 Tom. 2, art. 979, n. 1.

interamente privo dell'udito come quegli che gode di questo senso nella sua pienezza.

A questo riflesso io aggiungo ancora il seguente, desunto dalla disposizione che noi abbiamo nell'articolo ora commentato: se il Legislatore nostro credette abbastanza assicurata la verità del testamento pubblico fatto da un sordo che non sa leggere, e che così, come osservai nella nota precedente, non può verificare l'esattezza della sua redazione, purchè vi intervenga un testimone di più del numero ordinario, come potrebbe ritorsi in dubbio la verità di un testamento che il testatore, tuttochè sordo, ha scritto egli medesimo, di cui, se egli lo fece scrivere da un terzo potè colla fattane lettura verificare a suo bell'agio l'esattezza, e che lo stesso testatore presentandolo al notaio in presenza dei testimoni, dichiara essere realmente il suo testamento?

L'unica difficoltà che si possa opporre al testamento *segreto* di colui che è interamente privo dell'udito, consiste in ciò che il testatore predetto non può sentire la lettura dell'atto di *conservazione*.

Ma a ciò risponde con fondamento il signor Vazeille osservando che siffatta lettura non è prescritta dall'articolo 976 del Codice civile francese (nè dal nostro articolo 751) e che, se l'articolo 15 della legge colà vegliante sul notariato del 25 ventoso anno XI prescrive la lettura di tutti gli atti ricevuti da' notai, questo articolo non è nel novero di quelli alla cui contravvenzione l'articolo 68 della stessa legge attacca la pena della nullità dell'atto.

Questo riflesso riceve pure applicazione presso di noi, giacchè l'articolo 1.º, lib. 5, tit. 22, cap. 11 delle RR. CC., nell'imporre ai notai che ricevono testamenti di nuncupazione esplicita od atti di presentazione di quelli di nuncupazione implicita, l'obbligo di pronunziarli ad alta ed intelligibile voce, non li assoggetta, in caso di contravvenzione, che ad una multa di lire cento ed al rimborso dei danni che le parti interessate potessero patire, e nel regolamento per l'ufficio de' notai, come neppure nelle leggi posteriormente pubblicate, al difetto di lettura degli atti che essi ricevono, non venne attaccata la pena di nullità dei medesimi.

Alle cose sinqui divise, in comprova dell'opinione da me adottata, aggiungerò ancora che, tutte le formalità dalla legge

prescritte pel testamento *segreto*, potendo egualmente eseguirsi dal sordo *che sa leggere*, come da qualunque altro, sembra impossibile che il Legislatore avesse voluto attribuire maggiore importanza al difetto di lettura al testatore *dell'atto di consegna*, di quella da lui assegnata alla lettura del testamento medesimo scritto dal notaio sulla dichiarazione di volontà fattagli dal ridetto testatore.

In ordine al che un argomento maggiore può anche desumersi dai riflessi che dettarono le Regie Patenti del 10 marzo dell'anno 1840.

Tuttavia, siccome i notai non impiegano mai troppe cautele onde mettere al coperto la loro delicatezza, e dare agli atti che essi ricevono un aspetto di regolarità anche sovrabbondante, io penso col più volte lodato signor Vazeille che, qualora occorresse loro di ricevere un atto di consegna di un testamento *segreto* fatto da persona che sia *interamente priva dell'udito*, *ma sappia leggere*, sarà bene che essi eseguiscano per tale atto le maggiori formalità che l'articolo, prescrive pel testamento pubblico.

57. I testamenti segreti potranno in ogni tempo essere dal testatore ritirati dalle mani del notaio, che ha ricevuto il testamento, o presso cui fosse depositato il minutarlo, in cui il testamento esiste.

Si farà della remissione un processo verbale, che sarà rogato dal notaio stesso in presenza del testatore e di due testimoni, coll'assistenza del Giudice di mandamento della residenza del notaio: il Giudice dovrà particolarmente accertarsi dell'identità della persona del testatore.

Il processo verbale sarà sottoscritto o sottosegnato dal testatore e dai testimoni, e sottoscritto dal Giudice e dal notaio, ed inserito alla sua data nel minutarlo, e copia di esso sarà parimenti inserita al luogo dell'estratto testamento.

Qualora il minutarlo fosse depositato all'ufficio dell'insinuazione, il verbale sarà esteso dal segretario del Giudice del mandamento, ove è situato l'ufficio dell'insinuazione, sottoscritto dalle persone dianzi menzionate, e dall'Insinuatore: esso sarà inserito nel minutarlo degli atti della Giudicatura soggetti all'insinuazione, e per copia nel minutarlo onde fu estratto il testamento.

1.º Se giusto e ragionevole è il desiderio del padre di famiglia di tenere segrete, durante la sua vita, le disposizioni testamentarie per esso fatte, egli è egualmente certo che circostanze ed avvenimenti posteriori a siffatte disposizioni possono variare non solo la volontà di colui che in tale modo dispose, ma di più fargli giustamente desiderare che le precedenti sue disposizioni predette non siano dai di lui posterì conosciute.

Le stesse considerazioni perciò che spinsero i Romani Legislatori a permettere i testamenti detti di nuncupazione implicita, e gli augusti nostri Sovrani ad autorizzare il deposito dei testamenti segreti presso i Senati, sembravano richiedere che si permettesse a coloro che avessero depositati o presso i Magistrati Supremi, o presso i notai gli atti chiusi e sigillati contenenti le divise loro ultime volontà, *il ritirarli* allorquando essi non intendessero più che tali atti sortissero la loro esecuzione, sia col sostituire ai medesimi altre disposizioni, sia nell'idea che le loro sostanze si devolvessero alle persone che dalla legge erano chiamate a conseguirle.

La giustizia di assecondare quest'ultimo desiderio venne riconosciuta dal Duca di Savoia Carlo Emanuele I, detto *il Grande*, il quale, avendo coll'editto del 1582 *1, permessa la presentazione ai Senati dei testamenti *segreti*, di cui avrà a ragionare commentando le prescrizioni contenute nella seguente Sezione seconda, scriveva che i testamenti deposti negli archivii senatorii (i quali furono poscia detti testamenti *archiviati*) non potessero, in vita del testatore essere rimessi ad alcuno, salvo che al medesimo o ad altri che ne avesse speciale procura

*1 Riferito nella Raccolta del Borelli, pag. 1160, colonne 1 e 2.

da lui, e ne permetteva così il ritiro al testatore, tanto personalmente, che per mezzo di un legittimo suo rappresentante.

Ma questa facoltà conceduta ai testatori di ritirare i testamenti *archiviati*, ossia presentati ai Senati, la quale venne mantenuta nel paragrafo 14, lib. 5, tit. 1.^o delle RR. CC. del 1729 e del 1770 (e che vedesi rinnovata nell' articolo 764 del Codice) non estendevasi ai testamenti mistici *ricevuti da' notai*, ed era quanto a questi testamenti il loro ritiro in manifesta opposizione colle prescrizioni del § 8, tit. 17 del regolamento notarile del 1770, e del § 8, cap. 7 di quello del 22 marzo 1816.

Per togliere siffatto ostacolo al ritiro di detti testamenti ricevuti da notai, le Regie Patenti del 29 novembre 1826 avevano autorizzata la Regia Camera de' Conti a permetterlo con quelle cautele che avrebbe credute convenienti nell'interesse del tabellione.

Fu adunque savio divisamento del Sovrano Legislatore nostro quello di estendere la facoltà preaccennata ai testamenti ultimamente menzionati, colle regole in questo articolo stabilite.

2.^o La facoltà che questo articolo concede ai testatori di ritirare i testamenti segreti o di nuncupazione implicita per essi consegnati a' notai, essendo un favore che il Sovrano loro concede, e che non arreca lesione a verun diritto acquistato (attesa la inseparabile *revocabilità* delle disposizioni testamentarie) io concorro perfettamente coll' opinione esternata dal Procuratore Generale di Sua Maestà nella sua lettera del 23 gennaio 1838 all' Avvocato Fiscale presso il Regio Tribunale di Cuneo, che il disposto dal presente articolo possa estendersi ai testamenti sigillati prima dell' osservanza del nuovo Codice. *1

3.^o Egualmente fondata io ravviso l'opinione dell' autorità superiore, contenuta in altra lettera circolare agli avvocati fiscali del 10 di marzo di detto anno 1838 *2 che il ritiro del testamento segreto consegnato al notaio non possa farsi dal testatore *per mezzo di procuratore speciale*.

La facoltà di eseguire in tal modo il ritiro essendo, pei testamenti *archiviati*, da tanto tempo presso di noi ricevuta e mantenuta dalle leggi anteriori al Codice, e per ultimo rin-

*1 Riferita nel Diario Forense, vol. 31, pag. 51.

*2 Riferita nel Diario predetto al citato volume, pag. 195.

novata nell' articolo 764 qui sovra citato, se il Legislatore avesse voluto estendere tale facoltà ai testamenti consegnati ai notai, non avrebbe mancato di farne in questo articolo una espressa concessione.

Decisivo poi della controversia si è il riflesso fatto in detta lettera, e desunto dall' obbligazione imposta al giudice dal primo alinea dell' articolo, di accertarsi dell' identità della persona che si presenta per ritirare il testamento segreto, accertamento il quale esclude che il testatore possa presentarsi al notaio per procura.

4.º Dice l' articolo : *I testamenti segreti potranno essere ritirati* : ora siccome il testamento segreto si compone della carta contenente le disposizioni di ultima volontà che il testatore consegna al notaio, e dell' atto di tale consegnazione, non vi è dubbio che quest' atto parimenti, in un colla carta premenzionata, possa essere rimesso al testatore se egli lo richiede, in qual senso venne reiteratamente risolto il quesito in tre lettere della prelodata Autorità Superiore degli 8 febbraio, 8 marzo e 4 aprile 1858 *1.

La disposizione in questo articolo sanita importa una deroga ai regolamenti sul notariato, i quali impongono ai notai l' obbligo di ritenere e conservare le minute degli atti soggetti all' insinuazione.

Lo prova anche l' obbligo che il secondo alinea dell' articolo impone al notaio di inserire il processo verbale di rimessione fatta del testamento *al luogo dell' estratto testamento* predetto.

5.º La risoluzione del quesito accennato nella nota 3.a qui sovra diede luogo ad un' altra dubbiozza sul punto se, qualora il testatore che vuole ritirare il testamento segreto da lui consegnato ad un notaio, per infermità od altro impedimento non possa recarsi nello studio di questo, il notaio ed il giudice debbano trasferirsi presso di lui.

E tale quesito venne del pari in senso affermativo risolto con altra missiva dell' Autorità Superiore all' Avvocato fiscale presso il Regio Tribunale di Pallanza del 2 gennaio 1859 *2 sul riflesso che i notai e i giudici stessi sono obbligati a trasferirsi

*1 Riferite pure nello stesso Diario Forense al citato volume 31, pagine 210 e 274.

*2 Riferita nello stesso Diario, vol. 53, pag. 2.

presso gli interessati quando lo esige il bisogno del servizio, e che il divieto fatto a' notai di dismettere i propri minutarî o di esportarli *senza necessità* dal loro studio, non può ostare a che essi li portino seco, e sotto la propria custodia e responsabilità, in luogo ove sia necessaria la loro trasferta per l'adempimento di urgente e preciso dovere.

Sezione II.

DEI TESTAMENTI PRESENTATI AI SENATI OD AI TRIBUNALI.

758. Volendo alcuno fare il suo testamento senza le solennità sovra prescritte, potrà presentarlo chiuso e sigillato al Senato nel cui distretto egli si trova.

1.º Fra i testamenti privilegiati, dalle leggi romane riconosciuti, meritano principale menzione quelli accennati nella legge 19 cod. *De testamentis*, in cui gli imperatori Onorio e Teodosio rescrivevano *omnium testamentorum solemnitatem superare* quelli offerti all'imperiale dignità, e gli altri *qui actis cuiuscunque iudicis* fossero inseriti.

Di ambidue di queste specie d'atti d'ultima volontà parteciparono presso di noi i testamenti *presentati ai senati*, i quali traggono origine dall'editto del Duca di Savoia Carlo Emanuele I del 1582, da me citato nella nota 1.ª all'articolo precedente.

Le principali formalità di questi testamenti stabilite nel succitato Ducale Editto, ampliate coll'altro di Madama Reale Maria Giovanna Battista del 3 aprile 1680 *1 venivano poi definitivamente regolate colle disposizioni Sovrane sancite nel tit. I del libro 5 delle RR. CC. del 1729 e del 1770.

*1 Riferiti nella Raccolta del Borelli, pag. 1160 e 1161. L'editto del 1582 esigeva che il testatore comparisse *personalmente* nantî il Senato: si fu in quello predetto del 1680 che venne approvato come lodevole ed esigente ad un tempo la Sovrana sanzione, l'uso adottato dal Senato di mandare alla casa

L'utilità di questa istituzione scevra d'inconvenienti, essendo dimostrata dall'esperienza dei secoli trasandati, ne raccomandava non solo la conservazione nel nuovo corpo di leggi civili da S. M. il Re Carlo Alberto sanzionato, ma altresì l'ampliazione, come osserverò commentando l'art. 774.

2.º Nota che in questo articolo non si dice, come nell'articolo 751 relativo ai testamenti segreti presentati ai notai, che il testatore presenterà la carta, in cui sarà scritto il testamento chiusa e sigillata, o *la farà chiudere* nell'atto della presentazione.

Il testamento di che si tratta dee essere presentato al Senato (od al tribunale a termini dell'art. 774) *chiuso e sigillato*, sebbene l'art. 761 prescrivere un nuovo sigillamento di esso nel foglio in cui si scrive l'atto della sua presentazione per l'oggetto dell'*apposizione sopra il medesimo del Regio sigillo*.

I testatori debbono adunque avvertire di dare alla carta contenente la loro disposizione una piegatura tale che renda facile il rinchiuderla nel foglio premenzionato.

759. Quegli che non sa o non può leggere, non può fare testamento in questa forma.

degli infermi (col decreto del Gran Cancelliere) un senatore da lui eletto, il quale, insieme col segretario, ricevesse la scrittura, ne concedesse le opportune testimonianze, e le portasse in Senato.

Risulta inoltre da quest'ultima Ducale sanzione, che un commentatore molto autorevole della Costituzione del 1582 e di tutti i decreti, affermava essersi talora dal Senato accettata la presentazione *per procuratore* del testamento, quando il testatore fosse impedito di trasferirsi nell'aula del medesimo, ed alcuna volta essersi tale presentazione per procura ricusata.

Non volendo perciò S. A. Madama Reale lasciar sussistere un'incertezza in cosa di tanta importanza, nell'art. 6 del citato editto del 1680, lodando la circospezione del Senato nel non ammettere facilmente una funzione tanto importante per mezzo di un semplice procuratore, l'autorizzava tuttavia colle cautele ivi stabilite, le quali si veggono rinnovate, e più chiaramente spiegate nei paragrafi 10, 11 e 12 del citato titolo 1 del libro 5 delle Generali Costituzioni.

Il Senato interlinava l'8 aprile 1680 quel Ducale editto colla limitazione relativa ai testatori abitanti fuori della presente città e suo territorio e colla dichiarazione che l'atto della rimessione del testamento al procuratore si stendesse nei registri della Curia con nuova sottoscrizione del Giudice.

1.^o La prescrizione sancita in questo articolo non è che una applicazione ai testamenti *archiviati* *1 della prescrizione sancita nell' art. 753 rispetto ai testamenti segreti, prescrizione la quale non esisteva negli antichi Editti e nelle Generali Costituzioni riflettenti i testamenti presentati ai Senati, e che fu opportuna cosa il qui rinnovare onde togliere ogni dubbio sul punto se il precitato art. 753 sarebbe stato applicabile ai testamenti di cui ora si tratta.

Le leggi antiche e moderne *2 permettendo a chi vuol fare un testamento segreto il farlo scrivere da un terzo, credettero che, ad evitare le frodi, cui questa facoltà potesse dar luogo, bastasse la presunzione della lettura che il testatore non mancherebbe di prendere della carta contenente la disposizione testamentaria prima di sottoscriverla, sia che essa fosse stata estesa a suo dettame, o redatta dallo scrittore dopo la manifestazione dal detto testatore fattagli della sua volontà.

E quanto alle infedeltà che lo scrittore predetto avrebbe potuto commettere *nel suo interesse*, i legislatori romani ne ravvisarono una guarentigia nelle disposizioni del noto S. C. Liboniano *3, le quali io non dubito, e non dubitai in nessun tempo che riflettessero parimente lo scrittore della scheda del testamento di nuncupazione implicita; siccome però l'uso della facoltà di far iscrivere da un terzo il testamento segreto può essere del pari l'effetto di una libera volontà del testatore, e quello della di lui impotenza di scrivere perchè egli non sappia ciò fare, tuttochè sappia leggere, e d'altro canto eguale fiducia non può aversi nella fedele redazione della carta testamentaria rispetto a colui che sappia leggere soltanto e non sappia scrivere, si è perciò che i compilatori del Codice civile francese vollero che in questo caso intervenisse all'atto di presen-

*1 Nel commentare gli articoli contenuti in questa sezione impiegherò tale vocabolo come quello che era in uso nel nostro foro, e che in oggi comprende egualmente i testamenti presentati ai Senati, come quelli presentati ai Tribunali di Prefettura e riposti nei rispettivi loro archivi.

*2 La legge *Hac consultissima*, 21, cod. *De testam.*, che fu presso di noi in vigore fino al 1.^o di gennaio 1838 per i testamenti di nuncupazione implicita, e per i testamenti archiviati il paragrafo 1, lib. 5, tit. 1 delle Generali Costituzioni.

*3 Rinnovate nell' art. 800 per i testamenti pubblici, e nell'articolo successivo, per i testamenti segreti.

tazione un testimonio di più (art. 977), e che il Legislatore nostro Sovrano a siffatta cautela (forse non molto efficace) surrogò l'obbligazione imposta al testatore che sa leggere, ma non sa scrivere, o non ha potuto apporre la sua sottoscrizione quando fece scrivere da un terzo le sue disposizioni, di dichiarare di averle lette, con aggiungere il motivo per cui non le ha sottoscritte (art. 752).

La facoltà conceduta a colui che sa bensì leggere, ma non sa scrivere o non può sottoscrivere, di fare un testamento segreto, può essere a taluno paruta involvere qualche pericolo di frode, atteso che la materialità del leggere non provi gran fatto che si capisca quello che si legge, e facil cosa potesse conseguentemente ravvisarsi lo ingannare colui che, sapendo a mala pena leggere le cose stampate, o tutto al più le scritture molto ben distinte e chiare, e non sapendo scrivere, usasse per necessità l'opera di un terzo per far iscrivere da questi il suo testamento segreto.

Siccome tuttavia la facoltà data dalle leggi romane a colui che testar voleva nella forma mistica, di far iscrivere da un terzo il suo testamento, non faceva distinzione alcuna tra quello che così praticasse per necessità, o di sua scelta, e questa facoltà mantenuta venne dal Codice francese non meno che da quelli delle Due Sicilie e di Parma, un tal consenso delle antiche e nuove legislazioni sembrava somministrare argomento non essere poi così grande il pericolo qui sovra accennato, ed essere il medesimo antivenuto dall'obbligo imposto dal succitato art. 752 a colui che, non sapendo scrivere, intende tuttavia di disporre per testamento segreto delle sue sostanze.

Questa osservazione sulla niuna distinzione premenzionata, risolve la controversia che mi sono proposta nella nota 2.^a all'articolo 750.

2.^o Le surriferite considerazioni presentavansi del pari, per quanto riguarda i testamenti *archiviati*, il di cui uso, tuttochè non così antico come quello dei testamenti di nuncupazione implicita, essendo quanto meno *secolare* *1 diede luogo ad una

*1 Perchè stabilito dai termini infra accennati del § 1, lib. 3, tit. 1 delle RR. CC. del 1729, nulla contenendo l'editto del 1582, e quello del 1680 sul modo con cui i testamenti che il testatore intendeva di presentare al Senato dovessero essere scritti.

sufficiente esperienza, onde si potesse riconoscere se la facoltà di disporre in tal modo concessuta a coloro che *non sanno scrivere*, e che perciò limitar si debbono ad apporre ai detti testamenti archiviati la loro sottoscrizione, presentasse, o non un grave pericolo di infedele loro scritturazione; giacchè anche il § 1 del lib. 5, tit. I delle Generali Costituzioni, nei vocaboli ivi contenuti *potrà scriverlo da se stesso, o farlo scrivere come gli piacerà*, tuttochè più appropriati all' uso dello scritturato di un terzo per elezione che non per inscienza dello scrivere nel testatore, non erano valevoli ad indurre che quest' ultimo non potesse testare in tal modo; d' onde la conseguenza che la fiducia riposta dalla legge nell' autorità dei Magistrati, fatti depositarii delle ultime volontà dei privati, essendo un vero beneficio per questi, la legge dovesse cercare di farneli il più che si può generalmente godere.

3.^o Questo articolo *deroga* alla giurisprudenza assentata dal Senato di Torino col decreto di voto del 18 maggio 1776 *1 con cui, mandando restituirsi al medico Luca *privo di vista* il precedente suo testamento archiviato, commetteva ad uno dei Senatori di trasferirsi alla casa del medesimo, per ivi ricevere, *previa lettura*, parafrasi e successivo sigillamento da farsi dal segretario, il nuovo testamento che il detto medico intendeva di fare, e per essere consegnato al Senato con rogarsene dal detto segretario l' opportuno verbale.

760. Il testatore dovrà comparire personalmente avanti il Senato, richiedendo testimoniali che dichiarino essere quella la disposizione della sua ultima volontà.

Se il testatore saprà scrivere, il testamento potrà essere scritto dal testatore, o da un terzo, e tanto nell' uno, che nell' altro caso dovrà essere da lui sottoscritto.

Se il testatore non saprà o non potrà scrivere, dovrà nell' atto della presentazione dichiarare, che il testamento è stato scritto da un terzo, e che è da lui stato letto.

*1 Riferito nella Pratica Legale, parte 2, tom. 4 della prima edizione, pag. 123 e 124.

1.º Il testatore (dice questo articolo) dovrà comparire personalmente davanti il Senato.

La stessa disposizione trovavasi parimente nel § 1, lib. 5, tit. I delle Generali Costituzioni del 1729 e del 1770, e nella nota 1.ª all' art. 758 ho detto come la facoltà di comparire *per mezzo di procuratore*, fosse stata introdotta nell' Editto Ducale del 3 aprile 1680.

Questa facoltà era stata mantenuta col § 9 dei citati titoli delle RR. CC., e nei successivi §§ 10, 11, e 12 erano state stabilite le formalità e cautele da osservarsi nella rimessione da farsi dal testatore al procuratore eletto, della carta testamentaria.

Le precitate disposizioni non veggendosi più rinnovate nella presente sezione, sussiste come regola generale la necessità della *personale comparizione*, sia avanti i Senati, sia avanti i Tribunali di Prefettura autorizzati dall' art. 774 a ricevere i testamenti segreti dei loro giustiziabili; ed ovvio si presenta il motivo della sancita innovazione.

Allorchè la facoltà di ricevere i testamenti segreti non era data che ai Magistrati supremi, onde agevolare ed estendere questo modo di disporre, poteva essere conveniente il permettere, come facevano i precitati articoli 9, ai testatori abitanti fuori della città e del territorio, ove risiedeva il Senato, di fare l'atto di presentazione per mezzo di procuratore speciale.

Siffatto motivo più non esisteva secondo il nuovo Codice, il cui art. 774 precitato permette di presentare testamenti segreti ai Tribunali di Prefettura nelle provincie, nelle quali non risiede un Senato, e la facoltà di presentarli per mezzo di procuratore doveva tanto meno essere in oggi rinnovata che il di lei esercizio veniva dalla Duchessa Maria Giovanna Battista riconosciuto cosa pericolosa, con lode alla circospezione del Senato nel non ammetterla facilmente.

2.º Il primo alinea di questo articolo rinnova la facoltà conceduta dal più volte citato § 1, lib. 5, tit. I delle Generali Costituzioni al testatore di *far scrivere il testamento da un terzo*, purchè tanto in questo caso, come in quello che esso sia scritto dal testatore, sia parimente da lui sottoscritto; non si è però creduto necessario lo estendere ai testamenti che il testatore presenta ai Senati od ai Tribunali di Prefettura la prescrizione sancita nell' art. 750, secondo cui i testatori quando essi fanno

scrivere da un terzo la carta che contiene le loro disposizioni destinate ad essere presentate ad un notaio, *debbono sottoscrivere* non soltanto in fine, ma altresì *in ciaschedun mezzo foglio*.

L'obbligo della *sottoscrizione* non era nemmeno testalmente imposto ai testatori pei testamenti archiviati, dal § 1, lib. 5, tit. 1 delle Generali Costituzioni; ma la necessità di tale sottoscrizione è così generalmente riconosciuta per qualunque atto sì pubblico che destinato a divenirlo, che io non credo siasi giammai presentata ai Magistrati la controversia sulla validità di un testamento archiviato *non sottoscritto dal testatore*.

3.° Se il testatore sa scrivere, il primo alinea di quest' articolo si appaga che egli sottoscriva il testamento segreto che, per qualunque causa, stimò di far scrivere da una terza persona. Ma se egli non sa scrivere, o sapendo non ha potuto, per infermità od altro impedimento, scrivere la carta testamentaria, in questo caso vuole l'articolo nel secondo suo alinea che il testatore presentandola al Senato od al Tribunale di Prefettura dichiarì che il testamento fu scritto da un terzo, e che è *stato da lui letto*.

Questa cautela, conforme a quella che nell'art. 752 era stata stabilita pe' testamenti segreti presentati a' notai, venne aggiunta alle relative prescrizioni dell' antica Regia Legge: nella nota 1.ª all' articolo precedente ho spiegato il motivo di questa particolare e nuova disposizione.

4.° Rimandando nel resto i miei lettori alle maggiori osservazioni da me fatte nelle note al precitato articolo 752, applicabili a quanto è stabilito nel presente, avvertirò che esso è compreso nel numero di quegli articoli, di cui l'osservanza è prescritta dall' art. 802, a pena della nullità del testamento, ciò che dee mettere in particolare attenzione i testatori, intorno all' obbligazione loro imposta dall' ultimo alinea di detto presente articolo.

761. Il senato riconoscerà principalmente l'identità della persona, che si presenta, e farà distendere della presentazione un atto, che verrà sottoscritto dal primo Presidente o da chi regge il Magistrato, e dal segretario.

Tale atto si scriverà sovra un foglio nel quale do-

vrà chiudersi il testamento, ed apporsi sopra del medesimo il Regio sigillo. Il che fatto, il testamento avrà lo stesso effetto, che se fosse seguito nelle forme ordinarie.

In questo articolo vennero con qualche variante di espressioni, rinnovate le discipline stabilite nei §§ 2 e 3 del citato tit. 1, lib. 5 delle Generali Costituzioni, col solo divario consistente in ciò che il precitato paragrafo 2° portava che le testimoniali di presentazione fossero scritte *sopra il testamento*, e che il presente articolo dispone che l'atto di presentazione dovrà essere scritto *sovra un foglio, nel quale dovrà chiudersi il testamento*, con apporsi sopra del medesimo il Regio sigillo.

762. Tostochè siasi compiuto l'atto a norma dell'articolo precedente, si dovrà annotare il nome della persona, che avrà presentato il suo testamento, ed il giorno della presentazione, in un registro da tenersi a quest'effetto dal segretario, ed ognuna di queste annotazioni sarà sottoscritta dal primo Presidente, e dal Segretario come sopra.

763. Si riporranno e custodiranno i testamenti predetti in un apposito archivio presso il Senato, le cui chiavi che dovranno essere fra loro diverse, si conserveranno una dal primo Presidente, e l'altra dal segretario, nè potrà aprirsi se non in presenza di chi regge il Senato, e di due Senatori.

764. Non si rimetterà detto testamento, vivente il testatore, in mano di alcuno, eccettò che quegli si presentasse per ritirarlo, o che deputasse per quest'effetto uno speciale procuratore con legittimo mandato.

765. Il segretario farà annotazione di questa rimessione

nel registro, di cui all' art. 762, a riscontro di quella portante la presentazione.

L' annotazione esprimerà il giorno in cui la rimessione sarà seguita, e la persona a cui sarà stata fatta, ed ove sia seguita per procuratore, la data, ed il rogito della procura, e sarà sottoscritta come all' articolo sovra citato.

Il foglio contenente l' atto di presentazione, di cui all' art. 761, unitamente all' atto di procura, se vi è, sarà riposto e cucito dal segretario in un apposito minutarario.

Questi articoli contenenti mere disposizioni disciplinari, di cui il secondo ed il terzo desunti dai §§ 13 e 14 del citato tit. I, lib. 5 delle Generali Costituzioni, ed il primo ed ultimo aggiunti a quella legge antica, non presentano materia a commenti che possano essere utili alle persone, alla cui istruzione il mio lavoro è destinato.

766. Seguita ed accertata la morte del testatore, o seguita la dichiarazione d' assenza, di cui nell' art. 84, o l' emissione de' voti di cui nell' art. 977, il Senato sull' istanza di chiunque si creda interessato, ordinerà l' apertura del testamento, ed anche non essendovi istanza, potrà ordinarla d' ufficio, salvo che nell' atto di presentazione vi fosse la condizione, che non dovesse aprirsi fino ad un certo tempo.

Si farà risultare per mezzo di apposito verbale dell' apertura e dello stato del testamento, e se ne farà annotazione come sovra nel registro, di cui all' art. 762.

L' originale del testamento verrà vidimato su di un foglio da chi regge il Senato, e sarà unitamente al fo-

glio contenente l'atto di presentazione, all'atto di decesso, se vi sarà, ed al detto verbale di apertura riposto e cucito nel minutarlo di cui nell'articolo precedente, da custodirsi dal segretario, che ne darà copia a chi la chiederà.

1.° Il corrispondente paragrafo 15 del più volte citato titolo delle Generali Costituzioni prevedeva soltanto il caso della morte del testatore.

Gli articoli 84 e 977 equiparando la dichiarazione d'assenza e l'emissione de' voti, ancorchè temporari, negli ordini monastici e nelle corporazioni religiose regolari, alla morte di detti assenti e di tali religiosi, e facendo luogo all'apertura delle loro successioni così testamentarie come *ab intestato* (nel primo caso mediante l'immissione degli eredi nel possesso provvisorio dei beni che appartenevano all'assente al giorno della sparizione o delle ultime notizie), i casi contemplati nei detti articoli doveano essere annoverati fra quelli che possano far luogo all'apertura dei testamenti *archiviati*.

Potrebbe a prima giunta sembrare a taluno che ai casi dell'assenza e dei voti religiosi dovessero aggiungersi quello dell'immissione in possesso accennata nell'art. 49; ma il motivo per cui siffatto caso non venne compreso fra quelli che diano luogo all'apertura del testamento archiviato, che per avventura fosse stato fatto prima della sentenza dal condannato ad una pena importante la morte civile, apparirà manifesto, ritenendo che il citato articolo 49 non concede l'immissione in possesso provvisorio di cui ivi che agli eredi *legittimi* del condannato predetto, e che la di lui successione, a mente dell'articolo 51, non si apre che colla morte del medesimo.

2.° Nota il divario che passa tra la prescrizione contenuta in questo articolo, e quella che abbiamo, rispetto ai testamenti segreti, presentati a' notai nell'art. 886.

Quest'ultimo articolo concede bensì ai predetti ufficiali la facoltà di aprire, in presenza del giudice mandamentale, i testamenti segreti stati ad essi consegnati, ma soltanto *sull'istanza di chiunque si creda interessato*: il presente articolo, conforme ai §§ 15 delle RR. CC. del 1729 e del 1770, per-

mette al Senato di ordinare *d'ufficio* l'apertura dei testamenti archiviati.

Il motivo del divario appare manifesto se si riflette che i notai, tuttochè fungenti un pubblico ufficio, non sono dalla legge rivestiti di veruna autorità rispetto agli interessi privati, e non possono divenire ad atti del loro ministero, se non ad istanza di coloro che vi ricorrono, quando essa sia consentanea alla vegliante Legislazione.

Per contro i Magistrati ed i Tribunali hanno dal Sovrano missione di vegliare alla conservazione dell'interesse pubblico, e particolarmente a quello dei corpi morali e delle persone privilegiate.

Ora potrebbe accadere che gli eredi legittimi di colui che ha fatto un testamento archiviato, non avendo interesse all'apertura di esso, cercassero per contro di evitarla, sapendo che il testamento predetto contenesse disposizioni a favore di opere pie, di stabilimenti di beneficenza ed altri simili corpi morali, dai loro amministratori ignorate o neglette.

In casi consimili i Senati, ed i Tribunali, sulla notizia loro pervenuta di siffatte disposizioni, sono dall'articolo autorizzati ad ordinare *d'ufficio* l'apertura dei testamenti che esistono nei loro archivi, ed ordinare che copia ne venga rimessa dai loro segretari a coloro che vi hanno interesse.

3.º L'ultimo alinea dell'articolo vuole che, seguita l'apertura del testamento archiviato, l'originale di esso sia vidimato su di ogni foglio da chi regge il Senato (od il Tribunale secondo l'articolo 774).

Questa vidimazione venne al certo ravvisata opportuna per imprimere ad una carta privata il carattere di autenticità, nè poté apparire disdicevole alla dignità di chi regge un Magistrato Supremo, preso in considerazione il tanto grave interesse, e quella specie di religiosa osservanza che si unisce alle ultime volontà ed a tutto ciò che tende a guarentirne il regolare esequimento.

767. Potrà congregarsi il Senato in qualunque giorno per ricevere i testamenti, o per l'apertura dei medesimi.

L'articolo 4° dell'editto della duchessa Maria Giovanna Battista del 3 aprile 1680, ed i §§ 16 del libro 5, tit. 1 delle RR. CC. del 1729 e del 1770, che permettevano al Senato di congregarsi in qualunque giorno (anche feriato in onor di Dio) per causa dei testamenti segreti che gli venissero presentati, non parlavano che del ricevere gli stessi testamenti.

Maggiore senza dubbio e più frequente può essere l'urgenza della loro *presentazione*, massimamente per quella che far si debba a termini degli articoli seguenti; ma potendo anche avvenire che urgente sia l'*apertura* di detti testamenti archiviati, saviamente il Sovrano Legislatore estese ad essa la facoltà conceduta nelle premenzionate antiche leggi.

768. Non potendo il testatore trasferirsi in Senato per essere infermo, potrà deputarsi un Senatore onde si rechi insieme col segretario a ricevere il testamento, purchè il testatore si trovi nella città di residenza del Senato, o nel territorio della medesima.

Quanto stabilisce questo articolo, nel relativo silenzio dell'Editto del Duca Carlo Emanuele I del 1582, erasi già per uso del Senato adottato, per nomina però del Gran Cancelliere, come noi rileviamo dal proemio del secondo citato Editto del 3 aprile 1680, con cui simile pratica veniva dalla Duchessa Giovanna approvata.

Nell'articolo 5° del citato titolo delle RR. CC. quella provvida disposizione veniva rinnovata senza più parlarvi della nomina che far si dovesse dal Gran Cancelliere; ma quell'articolo non stabiliva limiti di luogo per la trasferta di un Senatore alla casa dell'infermo onde ricevere il suo testamento.

Siffatto limite venne apposto in questo articolo, il quale non permette la deputazione di un Senatore salvo che il testatore si trovi nella città, residenza del Senato o nel territorio della medesima.

Da questa limitazione, e dal disposto nell'art. 774, secondo cui i testamenti segreti non possono essere presentati ai Tribunali di Prefettura nelle provincie ove risiede un Senato, ne segue che gli abitanti in dette provincie, e non nella città e territorio, po-

tranno bensì presentare al Supremo Magistrato i loro testamenti, ma non potranno, se infermi, godere del beneficio della deputazione.

769. Non si deputerà il Senatore per trasferirsi alla casa del testatore, se non vi preceda un certificato del medico da conservarsi nell'archivio unitamente col testamento che sarà rimesso, per cui apparisca non potersi il testatore presentare in Senato senza grave pericolo.

La disposizione contenuta in questo articolo è totalmente conforme a quella che racchiudeva il § 6° del citato titolo 1 delle Generali Costituzioni.

770. Il Senatore riconoscerà non solo la persona del testatore, ma ancora se sia in buon senso ed in istato di presentare il suo testamento; conformandosi nel resto alle disposizioni dell'art. 760, del che dovrà farsi menzione tanto nel verbale che il segretario stenderà al momento della consegna, quanto nell'atto della rimessione al Senato.

Questa prescrizione venne desunta dal § 7 dello stesso titolo aggiungendovisi la clausola relativa all'osservanza, nel resto, delle disposizioni contenute nell'articolo 760, e la seconda menzione dello stato in cui trovavasi l'infermo da farsi non solo nell'atto di rimessione, ma anche in quello della consegna del testamento.

Il raffronto di questa disposizione della legge con quella che noi abbiamo nell'articolo seguente, testualmente conforme a quanto era già stabilito dal § 8 del più volte citato titolo 1°, libro 5 delle antiche Costituzioni, può dar luogo alla seguente controversia.

Nel detto articolo successivo stabilendo il Legislatore che, consegnato che sia dal testatore il testamento, si avrà l'atto

per compiuto come se fosse stato presentato in Senato, benchè la morte del testatore seguisse avanti che il Senatore l'abbia ivi rimesso, sembra riconoscere che, in forza della deputazione il Senatore deputato rappresentando l'intero corpo del Magistrato, la consegna a quello fatta dal testatore del suo testamento abbia la stessa forza come quella presentazione che al Magistrato predetto fatta fosse in conformità degli articoli 760 e 761.

Dovrà dirsi lo stesso del testamento presentato ad un assessore nominato dal Tribunale di Prefettura? o per dir meglio potranno i Tribunali predetti fare le delegazioni autorizzate dall'articolo 768? Esaminerò siffatta controversia commentando l'articolo 774.

Quanto sovra-premesso sullo spirito dell'antica e nuova legislazione, io richiamerò qui ancora alla memoria de' miei lettori le cose da me ragionate nelle note 18 e 21 all'art. 701 sulla ammissibilità della *prova testimoniale*, diretta a stabilire che il testatore, all'epoca a cui egli fece il suo testamento al pubblico che segreto, non godesse più di quella sanità di spirito necessaria per un atto di tanta importanza.

A questa ammissibilità non ravvisavasi formare ostacolo la fede dovuta all'atto pubblico, e la consueta dichiarazione dei notai nei testamenti di nuncupazione esplicita e negli atti di presentazione dei testamenti alla forma mistica, che il testatore fosse avanti di essi comparso *sano di mente, vista, udito e loquela*, espressioni queste che eransi convertite in vere clausule dello stile de' notai; giacchè in siffatte dichiarazioni il notaio non faceva e non fa che esprimere una sua opinione, e non attesta un fatto nanti lui seguito.

E quand'anche le regole dalla legge stabilite sulla materia *contrattuale* applicar si potessero alla materia *testamentaria*, tale ostacolo tanto meno incontrerebbe l'ammissibilità della prova testimoniale di cui ragiono nell'articolo 1416, che in esso espressamente si dichiara « che l'atto pubblico fa piena fede » (soltanto) della convenzione e dei fatti seguiti avanti il notaio od altro pubblico ufficiale che lo ha ricevuto; » ma queste massime di giurisprudenza sull'ammissibilità di detta prova testimoniale sarebbero esse applicabili ad un testamento che, presentato ad un Senatore delegato, figura ed ha la stessa forza come se fosse presentato all'intero Corpo del Magistrato?

Quando nell'atto di consegna ed in quello di rimessione del testamento, il delegato avrà fatto risultare di avere trovato il testatore in buon senso ed in istato di eseguire la presentazione del testamento, potrebbe ammettersi la prova contraria?

Io non ho cognizione che siffatta controversia siasi giammai elevata nanti i Magistrati Supremi dopo le Costituzioni del 1729, e credo anzi che essa non sia giammai insorta, motivo per cui, ravvisando ben rimoto il easo in cui possa eccitarsi, non farommi a discuterla, appagandomi di averla presentata alle altrui meditazioni.

Io propenderei a credere che, avendo la legge imposto ai *Senatori* un obbligo di riconoscere e constatare in autentiche forme, a nome dei Magistrati che essi rappresentano, lo stato di mente dei testatori, e così un obbligo che essa non impone a' notai, sia nei testamenti pubblici, come negli atti di consegna di quelli segreti, abbia voluto imprimere alle relative *menzioni* quel carattere di autenticità, e di *fede indubitabile* che esige il decoro della suprema gerarchia a cui il *Sovrano* affida l'importantissima amministrazione della giustizia.

771. Consegnato che sia dal testatore il testamento, si avrà l'atto per compiuto, come se fosse stato presentato in Senato, benchè la morte del testatore seguisse avanti che il Senatore l'abbia ivi rimesso.

772. Dovrà tale rimessione farsi dal Senatore nello stesso giorno, ed, ove per l'ora tarda ciò non potesse aver luogo, nel giorno immediatamente successivo, osservandosi in tal caso dal medesimo quelle maggiori cautele, che stimerà opportune.

È osservabile il divario che passa tra i termini, con cui è concepito questo articolo e quelli del corrispondente paragrafo 5, lib. 5, tit. 1. delle antiche Generali Costituzioni, ove dicevasi: « Se il luogo dove si trova il testatore fosse lontano in modo che non potesse farsi la rimessione (del testamento) al Senato nello stesso giorno, dovrà precedervi il decreto del Senato. »

L'articolo 768 non autorizzando più la trasferta del Senatore per ricevere il testamento archiviato, salvo che nel caso il testatore infermo si trovi nella città di residenza del Senato, o nel territorio della medesima, non era più il caso di prevedere le conseguenze della lontananza, ma unicamente quello in cui, *per essere tarda l'ora* della compita consegna del testamento e redazione del prescritto verbale, non potesse più nello stesso giorno aver luogo la rimessione di esso al Senato.

773. Nell'atto della rimessione al Senato si farà menzione tanto dell'istanza per la deputazione del Senatore, che del certificato del medico a tal fine presentato, e della deputazione susseguita, come di tutte le altre circostanze relative alla consegna, e di quelle che avessero ritardato la rimessione del testamento al Senato, facendo pure del tutto una breve menzione nel registro, nel modo e nella forma prescritta per gli altri casi di presentazione di testamenti.

774. È altresì permesso di far testamento presentandolo personalmente al Tribunale di Prefettura nelle provincie, nelle quali non risiede un Senato.

Si osserveranno così per la presentazione, come per l'apertura o restituzione, e per la tenuta de' registri, e minutari, le disposizioni degli articoli 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, ed inoltre assisterà a detti atti l'Avvocato fiscale, il quale sottoscriverà pure unitamente al Prefetto, ed al Segretario gli atti di presentazione, apertura o restituzione, e le annotazioni da farsi nel registro, di cui all'art. 762.

1.° Nelle note ai precedenti articoli di questa sezione, data a' miei lettori cognizione delle antiche sovrane providenze da cui trae origine l'uso presso di noi ricevuto dei testamenti ar-

chiviati, le poche osservazioni da me fatte sulle disposizioni legislative che ne regolano la forma, colle occorrenti modificazioni e variazioni a quanto in proposito disponevano le RR. CC. del 1729 e 1770, additarono bastantemente che la facoltà di ricevere e conservare i testamenti segreti, era dalla preesistente legislazione limitata ai Senati; il presente articolo la concede parimente ai tribunali di Prefettura nelle provincie, ove non risiede un Senato.

Io non dubito che una così importante innovazione alla legge preesistente, sia stato il frutto delle più mature discussioni e meditazioni.

Parmi che contro il nuovo sistema si potessero addurre varii argomenti.

E senza fare gran caso di quelli desunti dacechè la facoltà concessa ai Tribunali potesse arrecare qualche scapito a' notai dal canto dell' opinione e dell' interesse, e che i testamenti archiviati rimangano assoggettati alla formalità dell' insinuazione da cui andassero per lo addietro esenti quelli presentati ai Senati, potè essersi fatto riflesso che la facoltà predetta, privativa ai detti Senati, concessa dalla legge anteriore, dovesse considerarsi o come una prerogativa, o come un peso.

Che nel primo senso lo accomunarla ai tribunali, le facesse perdere il suo maggior pregio, e nella seconda ipotesi i tribunali di Prefettura delle città, ove risiede un Senato, dovessero esserne, a preferenza di tutti gli altri, fatti partecipi, ed anzi incaricati essi soli, onde sgravare in tal modo i Senati, di un peso, che loro toglie parte del tempo che vuol essere destinato alla spedizione delle cause.

Che il numero dei tribunali esistenti potesse generare una incertezza sul luogo ove esistesse il testamento archiviato di colui il quale, in una lunga vita, abbia avuto domicilio in diverse provincie.

Che una piccola difficoltà incontrerebbero i tribunali predetti nello accertare l' identità delle persone dei testatori, *quando essi fossero autorizzati a riceverli da persone estranee alla loro giurisdizione*, difficoltà questa già sperimentata dal Senato, sebbene un simil modo di testare fosse negli ultimi tempi assai più ristretto, e pressochè riservato alle persone della più distinta condizione.

Che, infine, quei tali che eleggono di fare il loro testamento in questa forma, essendo per l' ordinario persone comode e

della classe più distinta, dalle provincie di loro ordinaria abitazione potessero, senza grave loro incomodo, trasferirsi alla capitale, e che, in caso d'impedimento per ragion di malattia, vi provvedessero le RR. CC., le cui relative prescrizioni dovessero adottarsi.

Ma a queste considerazioni altre se ne contrapponevano di più grave peso.

Non doversi la forma di testare della quale si tratta riguardare, nè come prerogativa inerente ai Magistrati Supremi, nè come special onere ai medesimi imposto, ma come forma, la quale riunisce le condizioni del segreto, e della sicurezza, in maggior grado che gli stessi testamenti fatti per mezzo di notaio assistito da testimonii.

Essere per tali ragioni questa forma di testare stata riguardata opportuna ai sudditi di ogni classe, e stabilita come legge generale coll' editto del 1582.

Essere state rivolte ad agevolare l'uso di tal modo di disporre le più ampie prescrizioni sancite nella Regia legge, e segnatamente quella con cui era stata autorizzata la presentazione di siffatti testamenti per mezzo di procuratori.

Non ravvisarsi conveniente il mantenere quest'ultima facoltà, perchè l'interposizione di un terzo come procuratore, del giudice e del segretario per certificare la consegna fatta al procuratore stesso *1 facevano svanire pressochè intieramente i vantaggi dell'accennata forma segreta di testare, ed esponevano l'atto a pericoli, dovendo attraversare intervalli di luogo e di tempo prima di giungere alla sua destinazione, motivo per cui la forma di presentare, per mezzo di procuratore, i testamenti ai Senati appena si vedesse ultimamente praticata.

Non essere da tanto l'interesse de' notai, che si debba per esso togliere ai privati una forma di testare diversa da quella che richiede il loro intervento, e non vedersi l'esercizio di tale professione meno in onore nei paesi, ove è ammessa la forma *olografa* di testare.

Il pagamento del diritto d'insinuazione, come quello il quale non ha luogo salvo che all'apertura del testamento, e così dopo la morte del testatore, non essere d'incaglio a coloro

*1 Vedi in proposito le formalità prescritte nei §§ 10, 11 e 12 del citato tit. 1, lib. 5 delle RR. CC.

che eleggono tal forma di testare, e non toglierne il vantaggio quand' anche lo scemasse.

La difficoltà di accertare l'esistenza di un testamento, o quella di conoscere la morte del testatore, non essere minore per quelli presentati a notai, potendosi dal testatore predetto scegliere qualunque di quelli esercenti nello Stato, purchè il loro ministero, per la consegnazione di testamenti segreti, non venga richiesto fuori dei limiti territoriali, a siffatto esercizio imposti dalle leggi sul notariato,

Il comodo dei testatori dover tenersi in tanto maggior conto, che non si adottava la *forma olografa* di testare, ed essere conveniente il sostituire a siffatta forma un'altra che se le avvicina per la dispensa di ogni formalità, e che la supera per altri riguardi, ed in ispecie sotto il rapporto della sicura custodia dei testamenti segreti, e *della più accertata notizia di essi alle persone interessate.*

Le sunnotate espressioni sembrano additare che la competenza dei Senati e dei tribunali per l'esercizio della straordinaria incumbenza loro affidata dalla legge, vada soggetta ai consueti limiti relativi al domicilio delle persone che la richiedono, ed alla giurisdizione distrettuale o provinciale.

Ed in vero, sebbene trattisi dell'esercizio di un'attribuzione *veramente straordinaria*, e tale da non potersi nemmeno equiparare ai soliti atti di volontaria giurisdizione, io non crederei che possano i tribunali di prefettura accertare la presentazione di testamenti segreti da persone domiciliate fuori della loro provincia, come non credo che, sotto l'impero delle Generali Costituzioni, i Senati ricevessero testamenti d'individui aventi domicilio nel distretto giurisdizionale di altro Senato.

2.º A più grave dubbio possono dar luogo i termini di questo articolo sul punto se i predetti tribunali di prefettura *possano delegare ad uno dei loro assessori* il ricevere i testamenti degli infermi nel caso previsto dall'art. 768, e soprattutto il *trasferirsi per quest'effetto nelle città e luoghi delle loro provincie.*

Qualora in senso affermativo risolvere si dovesse la prima parte della proposta controversia, io non esiterei a risolvere in senso negativo la seconda, non veggendo ragione per cui concedere si dovesse ai tribunali predetti maggiore facoltà di quella, che il succitato articolo conferisce ai magistrati supremi.

Io revoco però in dubbio se la facoltà di delegare possa dirsi estesa ai tribunali premenzionati, dubbio che nasce dal riflesso che il presente articolo non permette di far testamento, presentandolo al tribunale di prefettura salvo che *personalmente*; che la seconda parte dello stesso articolo, nello annoverare gli articoli di questa sezione, le cui preserizioni devono osservarsi dai tribunali predetti, non fa alcun cenno dell'articolo 768 e seguenti, e che esigendo negli atti relativi all'esercizio della straordinaria giurisdizione di che si tratta la presenza altresì dell'Avvocato fiscale, accenna soltanto alla *presentazione*, *apertura o restituzione* e non alla *rimessione* del testamento archiviato, ed alla *sottoscrizione del Prefetto* e non di un assessore.

Sezione III.

DELLE NOTE TESTAMENTARIE.

775. Nei testamenti ricevuti da notai, o presentati al Senato, od a' Tribunali, è lecito a' testatori di riservarsi in modo espresso la facoltà di fare in aggiunta alle disposizioni contenute nel testamento particolari legati in nota a parte.

1.º Nell'antico uso, del nostro foro chiamavansi indistintamente col nome di *schede* o *schedule* testamentarie, così quella *carta* che contiene il testamento segreto o mistico destinato ad essere presentato ad un Senato o ad un notaio, come quelle *note* testamentarie, a cui un testatore si riferisce in un testamento pubblico o segreto, fatte, o da farsi per esso, ordinando ai suoi eredi di eseguire il contenuto nelle medesime.

Non vi ha alcuno che ignori quanto, nella compilazione delle leggi, giovi ad evitare le confusioni, ed a facilitarne l'intelligenza e l'applicazione, l'impiego di vocaboli differenti per indicare due cose fra di loro diverse.

Lodisi perciò l'attenzione dei compilatori del nostro Codice i quali, in questa sezione, indicarono col nome di *note testa-*

mentarie gli scritti in secondo luogo qui sopra accennati, e nell' articolo 751, chiamarono *carta o testamento segreto* quello scritto in cui una persona scrive o fa scrivere da un terzo le disposizioni d' ultima volontà, che egli intende di consegnare ad un notaio onde farle rivestire del carattere legale, ed acciò non siano conosciute se non dopo la sua morte.

Questi scritti essendo quelli a cui, nell' antico uso forense, si dava più appropriato il nome di *schede o schedule*, di esso mi prevalsi alcuna volta per accennarle nelle note al precitato articolo 751, ed a quelli successivi, che alludono ai testamenti segreti.

2.º Le persone instrutte dell' antica nostra legislazione e giurisprudenza sanno che l' uso introdottosi delle *note testamentarie* propriamente dette traeva origine dalle leggi 77 *De hered. instit.*; 58 *De condit. et demonstrat.*; 21 *De rebus dubiis*; 89 *De legat.* 2.º e 10 *De condit. instit.*, dalle quali se ne dedusse la conseguenza, che se un testatore nel suo testamento riservavasi di fare ulteriori disposizioni con una o più note a parte, siffatte disposizioni, giusta la dottrina di Baldo e Bartolo che in ciò convenivano, dovessero sortire il loro effetto, purchè non eccedessero i termini dei *legati*, e constasse della loro identità, tuttochè tali note fossero semplici scritti privati non rivestiti delle forme prescritte per gli atti d' ultima volontà; e ciò perchè in forza della riserva contenuta nel testamento le stesse note riputavansi *far parte del testamento medesimo*.

Non citerò qui le molte decisioni senatorie con cui l' efficacia di queste note venne riconosciuta *1, nè occuperommi delle controversie che sovra la detta loro efficacia o non insorgevano nel foro, delle quali la massima parte aveva per lo più una dipendenza dal punto di fatto della loro *identità*.

Considerando ne' suoi rapporti morali l' uso premenzionato, io ritengo che la causa razionale di esso abbia consistito in quel generale principio, secondo cui, riconosciuta nel proprietario

*1 Molte di dette decisioni veggonsi citate ed alcune riferite nella *Pratica Legale*, parte 2, tom. 4, pag. 126 a 141, e soprattutto alla pag. 157 *in notis*, ed una ben recente decisione senatoria profferita sovra questa materia del Senato di Torino il 22 marzo 1854, nella causa Viani contro Moglia, trovasi riferita colle elaboratissime conclusioni dell' Uffizio del signor Avvocato Generale del 27 gennaio 1855, negli *Annali di Giurisprudenza*, vol. 4, 2.º dell' Anno II, pag. 145 e seg.

la facoltà di disporre delle sue sostanze pel tempo in cui esso più non esista, le leggi dèono facilitare, ed anche moltiplicare i mezzi coi quali simile diritto possa esercitarsi, tuttavolta che ciò segua con quelle cautele atte ad evitare le frodi e le supposizioni di pretesa volontà di colui che più non può contraddirle, e che guarentiscano così i successori del defunto da indebite appropriazioni di tutto o parte delle da lui lasciate sostanze. Principio questo che servì al certo di base all'uso introdotto in Francia, ed in altri paesi dei *testamenti olografi*, di cui ho fatto cenno nella nota 1, all'articolo 744, e coi quali *rispetto alla forma* avevano molta analogia le *note testamentarie* presso di noi ricevute, colla differenza però che queste ultime non ricevevano la forza loro salvo che dal testamento che ne conteneva la riserva, e non potevano racchiudere istituzioni d'eredi; quando per contro i detti testamenti olografi potevano contenere qualunque disposizione, ed avevano una legale esistenza indipendente da qualunque altro atto, purchè fossero scritti, datati e sottoscritti di mano e carattere del testatore.

Nella precitata nota 1.^a all'articolo 744 ho spiegati gl'inconvenienti inseparabili da quella forma olografa di testare, soprattutto in rapporto ai pericoli di frodi e supposizioni che commettere si possono rispetto a scritti privati non consegnati a verun pubblico ufficiale. E questo pericolo era appunto quello che spingeva i testatori, i quali nei loro testamenti, massimamente pubblici, facevano riserva di fare ulteriori disposizioni testamentarie in siffatte note, non solo a fissarne l'oggetto, ma anche a prestabilirne la prova esclusiva d'identità o con epigrafe o con altri caratteri estrinseci, ovvero determinando il luogo ove dovessero trovarsi, o la persona a cui sarebbero state consegnate, onde il difetto di una sola delle qualità indicate togliesse la fede a qualunque scritto che venisse presentato come quella nota di cui erasi fatta riserva nel testamento.

Dalle cose che vengo di ragionare ne emerge quali considerazioni dovessero determinare l'alta sapienza del Sovrano Legislatore nostro sul punto se, non avendo egli mantenuta la forma olografa di testare, dovesse quanto meno imprimere il marchio della legge alla giurisprudenza assentata intorno alle note testamentarie, e quai limiti dovessero imporsi all'uso loro; e chiaro apparisce lo spirito delle regole sovra quest'oggetto sancite negli articoli che imprendo di commentare.

Se gli inconvenienti che, come ho detto qui sopra, sono inseparabili dalla facoltà di testare con semplice *scritta privata*, avrebbero potuto trattenere il Legislatore dal permettere le note discorse, altre considerazioni potevano dimostrarne sino ad un certo punto la necessità.

Al principio generale qui sovra additato sulle facilitazioni dovute all'esercizio del diritto di disporre per atto d'ultima volontà, aggiungevasi il riflesso del grave apparato di solennità onde i testamenti sì pubblici che segreti dovettero necessariamente essere circondati, il di cui adempimento allontana talora il padre di famiglia dal reiterare siffatte disposizioni, massimamente quando trattasi di oggetti di non grande momento.

Aggiungevasi il riflesso dell'opportunità di rendere più facili quelle liberalità che il più delle volte sono rimeritative di attenzioni usate o di fedeli servigi prestati alla persona che vuole esercirle, e che non sono di tanta entità, onde questa si disponga a fare per esse un nuovo testamento.

Se queste considerazioni dimostravano l'utilità dell'uso introdotto delle note testamentarie, esse facevano scorgere ad un tempo doversi tale uso restringere in più angusti termini di quelli dall'antica giurisprudenza adottati, ben sapendosi che la propensione al delitto è sempre proporzionale al vantaggio che il delinquente spera di ricavarne.

Noi vedremo come nell'articolo 777 il Sovrano Legislatore abbia raggiunto il duplice scopo qui sovra accennato.

5.º « Nei testamenti (dice l'articolo) ricevuti da' notai o presentati al Senato od ai tribunali, è lecito ai testatori di riservarsi *in modo espresso* la facoltà di fare, in aggiunta alle disposizioni contenute nel testamento, *particolari legati* in nota « a parte ».

Parlando l'articolo in genere dei testamenti ricevuti da' notai, non vi è dubbio che esso comprenda così quelli pubblici come i testamenti segreti, di cui il notaio riceve soltanto l'atto di consegnazione, e che la riserva di cui trattasi possa egualmente farsi nell'atto predetto di consegnazione, come nella carta consegnata e contenente le disposizioni segrete del testatore.

Vuole l'articolo che la riserva di fare particolari legati sia fatta *in modo espresso* nel testamento; da ciò non ne segue già che il testatore debba servirsi delle sacramentali espressioni in detto presente articolo accennate, militando anche in proposito

di detta riserva la regola degli *equipollenti* da me dimostrata nella nota 4.^a all'art. 747, purchè le espressioni nel testamento usate non lascino dubbio sulla volontà del testatore di riservarsi la facoltà di fare, in una nota a parte, dei legati particolari.

Dal che io ne derivò la conseguenza che, quand' anche un testatore si riservasse soltanto nel suo testamento di fare in nota a parte, ed in aggiunta alle disposizioni in esso contenute *altre disposizioni* a favore di persone a lui benevisse, senza esprimere che intende farle per via di *legati particolari*, non lascierebbe di essere efficace tale riserva all'oggetto di rendere validi siffatti legati fatti in evacuo di detta riserva. Ma questa riserva non può avere effetto che per quelle disposizioni che la legge chiama *legati particolari*, così che se in una nota testamentaria un testatore facesse un lascito in proprietà od usufrutto di una porzione *dei suoi beni*, ristretto anche alla quotità determinata nell'articolo 777, questo lascito prendendo, a mente dell'articolo 803, il carattere di disposizione *a titolo universale*, ed importando l'istituzione di un *vero erede* tuttochè nella sola vigesima parte dell'eredità, quand' anche il testatore non abbia eredi legittimari, come eccedente i limiti nell'articolo fissati, rimarrebbe inefficace.

Ritengansi infine sovra questo articolo gli ultimi vocaboli di esso dicenti: *in nota a parte* e non *in una nota a parte*; essi tolgono ogni dubbio sul punto che il testatore possa fare non una sola ma più note testamentarie, e collimano colla disposizione sancita nell'articolo 777. Siccome però la riserva nel testamento è di *tutto rigore* per dare effetto alle disposizioni contenute nelle note di cui si tratta, se una persona si fosse riservata nel suo testamento di fare *in una nota a parte* delle disposizioni in aggiunta a quelle contenute in detto testamento, e dopo il di lei decesso ne comparissero due od un maggior numero, esse sarebbero egualmente di nessun effetto, salvo che le indicazioni date nel testamento di detta nota riservata per via di epigrafe od altrimenti si riferissero esclusivamente ad una di esse.

4.° Dissi in fine della nota precedente che la riserva nell'articolo prescritta è di *tutto rigore* per l'efficacia delle note testamentarie.

Alla giustizia di questa proposizione potrebbe opporsi il riflesso che, mentre nell'articolo 802 sono annoverati tutti gli articoli, le cui disposizioni volle il Legislatore fossero osservate

a pena di nullità, trovisi in esso compreso bensì il successivo articolo 776, ma non il presente, che la prescrizione di cui in questo articolo trovisi espressa non in termini *positivi*, ma soltanto in termini *facoltativi*. Ma oltrechè è cosa indubitata che, colle disposizioni sancite in questa sezione, si volle, colle opportune cautele e modificazioni, mantenere l'uso presso di noi invalso delle note testamentarie, e la *necessità di una espressa riserva nel testamento di tali successive disposizioni*, dall'antica giurisprudenza costantemente riconosciuta, il vocabolo *inoltre* aggiunto all'articolo successivo fa sì che la necessità della riserva formi in certo tal qual modo parte delle formalità che prescrive lo stesso articolo, la cui osservanza trovasi compresa fra quelle contemplate nel succitato articolo 802, e la cui omissione importa la nullità della disposizione che ne è viziata.

776. Le note delle quali si sarà fatta riserva nel testamento, dovranno inoltre essere datate, scritte, e sottoscritte dal testatore.

Potranno anche essere scritte da un terzo, purchè il testatore stesso vi apponga di sua mano alla fine delle medesime la data, e la sottoscrizione colla dichiarazione che il contenuto della nota è conforme alla sua volontà.

In amendue i casi dovranno inoltre le note essere sottoscritte dal testatore appiè di ciascuna delle altre pagine.

1.º Nella prima nota all'articolo precedente ho narrato come durante l'osservanza della giurisprudenza forense, la quale riconosceva l'efficacia delle private note testamentarie, fatte da un testatore coerentemente alla riserva espressane nel testamento, onde evitare dolose supposizioni di erronee liberalità, suoleessero i testatori, i quali facevano riserva di ulteriori disposizioni in note a parte, indicarne in modo preciso o con epigrafe *1, od altrimenti, la qualità, riferendosi anche talora a

*1 Ho veduto varii testamenti, in cui i testatori si riservavano di fare di-

quelle che sarebbonsi rinvenute *intieramente scritte* di mano e carattere di essi testatori.

Siffatto uso tuttavia, come particolare e meramente facoltativo, non toglieva che efficaci ravvisar si dovessero quelle note testamentarie, rispetto alle quali il testatore non avesse tali cautele impiegate. Sussisteva sempre così a loro riguardo quel pericolo di frodi e supposizioni che spinse il Sovrano Legislatore nostro a non ammettere i testamenti olografi, pericolo attenuato, ma non tolto dalla necessità della riserva qui sovra accennata.

Adottare *tassativamente* in queste note il disposto dall' articolo 970 del codice civile francese intorno ai testamenti olografi, col prescrivere che esse debbano a pena di nullità essere *scritte*, datate e sottoscritte *dal testatore*, sarebbe stato un restringerne di troppo quella facoltà che si riconobbe degna di essere mantenuta, giacchè ben si sa che il più delle volte le disposizioni della natura di quelle di cui si tratta, si fanno da testatori, i quali per causa d' infermità od altrimenti non sarebbero più nel caso di fare un certo tal qual corpo di scrittura. Ottimo consiglio fu perciò del Legislatore quello di permettere che le note testamentarie siano *scritte da un terzo*, con che però, oltre *la sottoscrizione* in fine di esse, ed appiè di ciascuna delle altre pagine (comune alle note scritte dal testatore), egli vi apponga di sua mano anche la data ed *una dichiarazione che il contenuto nella nota è conforme alla sua volontà*.

Le poche parole che il testatore dee scrivere di sua mano e carattere, mentre esse, e soprattutto la prescritta dichiarazione guarentiscono la sincerità delle disposizioni che la nota testamentaria racchiude, e sono a tal fine *indispensabili*, non però sono tali che esse tolgano la facoltà di farle tuttavolta che rimanga tolto il pericolo della loro supposizione.

2.º Dall' obbligo imposto in questo articolo dell' apposizione della data della nota e della dichiarazione di cui in esso, ne conseguita che il prescritto negli articoli 753 e 759 non aveva d' uopo di essere in questa sezione rinnovato.

sposizioni in note a parte, principianti col vocaboli *In nomine Domini amen*, od altre simili espressioni dirette a stabilirne quell' *identità*, senza la cui evidenza giammai si dava effetto a cotali note.

Avvegnachè colui che non sa o non può leggere, colui che sa soltanto fare materialmente i suoi nome e prenome, non sarebbe capace di apporre ad uno scritto una data del giorno, mese ed anno, e di più la dichiarazione da questo articolo voluta.

Questa osservazione può rendere applicabili alle note di cui ragiono le cose da me trattate nelle note terza e quarta al precitato articolo 753 e nelle note 18 e 21 all'articolo 701.

3.^o Dissi nella nota prima quì sopra che l'apposizione per parte del testatore, nelle note *scritte da un terzo*, non solo della sottoscrizione in fine di esse ed in ciascuna pagina loro, ma altresì della *data* e della *dichiarazione* in questo articolo menzionate è un mezzo *indispensabile* dalla legge voluto di accertarne la verità: questa è dunque una formalità *di rigore* a cui non potrebbe supplirsi con qualunque altra prova dell'identità della nota e della verità del di lei contenuto.

Tale è la conseguenza della prescrizione contenuta in questo articolo rispetto alle note testamentarie, non scritte di mano e carattere del testatore, e del disposto nell'articolo 802 in cui il presente viene annoverato fra quelli, la cui osservanza è dal Legislatore voluta a pena di nullità.

4.^o Avvertirò finalmente sopra questo articolo che, durante l'osservanza del Regio Editto sulla carta bollata del 19 ottobre 1763 portante la nullità degli atti fatti sopra carta semplice, la validità di una nota testamentaria scritta sopra questa carta venne rievocata in dubbio dal Senato di Torino *1 non ostante che siffatte note sortissero il loro effetto come facienti parte del testamento che conteneva la clausula riservatoria.

Che tale nullità non avrebbe più luogo dopo che coll'articolo 69 del Regio Editto del 2 dicembre 1817 venne stabilito che per le contravvenzioni allo stesso Editto *2 non avrebbe

*1 Come si ricava dalla decisione senatoria del 7 settembre 1772, ref. D. Cavalli, nella causa del Vassallo Castiglioni Falletti contro le Congregazioni dei Padri di S. Filippo Neri di Torino, Fossano e Demonte, riferita nella Prat. Leg., part. 2, tom. 4 dell'antica edizione, pag. 128 e seg. V. in specie alle pag. 133 il vers. *Verum hocce casu*, 136, ed il motivo di decidere alle pag. 139 e 140.

*2 Con cui nell'art. 11 si assoggettarono ai diritti di bollo, e così all'uso della carta bollata tutti gli atti e scritture ivi accennati.

più luogo la pena di nullità degli atti e scritture in contravvenzione al medesimo.

I particolari tuttavia che vorranno prevalersi della facoltà loro concessa nel precedente articolo, dovranno sempre avvertire di scrivere o far scrivere le note testamentarie in carta bollata, onde non esporre i legatarii in esse nominati, che fossero nel caso di farne uso in giustizia, ovvero i proprii loro eredi al pagamento della multa portata dall'articolo 11 del precitato Regio Editto *1.

777. Non si potrà in queste note rievocare alcuna delle disposizioni contenute nel testamento, ma solo farsi legati sino alla concorrente del vigesimo di quanto è in facoltà del testatore di disporre.

Ove i legati contenuti in una o più di queste note eccedano la porzione sovra fissata, se ne farà su tutti la riduzione *pro rata* del loro rispettivo ammontare, salvo il testatore avesse dichiarato che alcuno dei legati abbia da pagarsi di preferenza.

1.º La prima disposizione contenuta in questo articolo con cui si stabilisce che non si potrà nelle note testamentarie *rievocare* alcuna delle disposizioni contenute nel testamento, è conforme alla massima assentata dal Senato del Piemonte nella sentenza dell'11 geunajo 1779 ref. D. Gavuzzi nella causa Falcuzio e Griffa contro la Compagnia di S. Paolo di questa città, preceduta da conclusioni dell'Ufficio dell'Avvocato Generale dell'11 dicembre 1770 *2.

Con quella sentenza vennero dichiarati dovuti così il legato fatto da Giovanni Filippo Marchisio nel suo testamento del 27

*1 Soprattutto dopo che, coll'articolo 50 del Regio editto 5 marzo 1856, si dichiarò non ammettersi esenzioni dal bollo oltre quelle indicate nell'art. precedente, ciò che toglie ogni dubbietà lasciata per avventura dal numero 1.º di detto art. 11 del R. Editto 2 settembre 1817, in cui si accennano bensì i testamenti sottoscritti dai testatori per essere presentati al Senato od a' notai, ma non le semplici note testamentarie.

*2 Riferita nella Pratica Legale, cit. tom. 4, pag. 141, 142, e 145.

aprile 1761, tuttochè revocato tale legato nella nota testamentaria del 5 febbrajo 1768, come il legato fatto in detta nota in surrogazione del precedente.

La stessa giurisprudenza sul punto che, in tale caso di legato fatto in una nota testamentaria a vece di un altro contenuto nel testamento, e voluto revocarsi, ambi i legati siano dovuti, dovrebbe ancora osservarsi sotto l'impero della nuova legislazione.

Io ritengo diffatti che il presente articolo *non dichiara nulla* la nota che contenga la revoca di una disposizione fatta nel testamento; e che l'articolo 802 non annovera il detto articolo presente fra quelli ivi accennati.

La revoca predetta rimarrà adunque di nessun effetto per applicazione del principio generale, secondo cui ciò che è fatto *contra legem prohibentem* è colpito da nullità; così che, trattandosi di vizio *intrinsic*o della disposizione, e non del difetto di forma, milita dee nel caso l'altro generale adagio legale *utile per inutile non vitiari*, onde efficace rimanga il legato contenuto nella nota, mentre non sussiste la revoca di quello contenuto nel testamento.

2.º Ma se un testatore il quale si fosse nel testamento riservato di fare due o più note testamentarie, in una seconda di queste note *revocasse un legato fatto nella prima di esse*, sarebbe essa revoca valida ed efficace?

Io non ci vedrei ragione di risolvere in senso negativo questa controversia, giacchè nè il testo nè lo spirito della disposizione contenuta nel presente articolo potrebbero ostare all'efficacia di revoca siffatta.

Non il testo, perchè l'articolo non dichiara nulla la revoca fatta in nota testamentaria che delle *disposizioni contenute nel testamento*.

Non lo spirito e la ragione della discorsa prescrizione della legge, la quale ragione consiste in ciò che le note testamentarie essendo considerate come un modo di disporre esuberante dalla ragione comune, esse non possono avere la forza di annientare ciò che fu fatto in un atto rivestito di tutte le solennità dalla legge volute.

Non ostando adunque all'efficacia della revoca di cui ragionano il disposto da quest'articolo, subentrano a farla considerare valida il principio generale sulla revocabilità delle disposi-

zioni testamentarie sancito nell' articolo 696, e la regola *unum-quodque resolvitur eodem modo quo colligatum est*.

5.° Si è detto con ragione che, come i costumi formano le leggi, così le leggi formano i costumi; che perciò oggetto di una buona legislazione civile si è non solo il determinare, sulle basi più certe ed equitative, i diritti dei sudditi fra di loro, ma altresì il cogliere in tale fissazione tutte le occasioni che si presentano per rendere migliori gli uomini, prendendoli quali essi sono, giacchè, pur troppo, non sono quali dovrebbero essere.

Nella nota prima all' articolo 688, premessa la surriferita grande verità, ho avvertito come la disposizione ivi contenuta sia al predivisato santo fine diretta.

Nella nota prima all' articolo 775, ho detto che la propensione degli uomini alle azioni illecite e delittuose, è sempre in proporzione diretta del vantaggio, che essi propongonsi e si lusingano di ritrarne.

Queste cose certamente rivolgeva nel provvido suo pensiero il Sovrano Legislatore nostro, allorchè egli, nella seconda parte di questo articolo, determinava di apporre limiti alla facoltà di disporre per semplici private scritture o note testamentarie.

E siccome sarebbe stato pressochè impossibile lo adottare, per siffatta limitazione, un sistema generalmente applicabile a tutti i testatori, qualunque sia la maggiore o minore entità delle sostanze dai medesimi lasciate, ottimo consiglio fu quello di prendere per norma un quoziente della porzione dei beni, di cui il testatore può liberamente disporre secondo le regole stabilite negli articoli 719 a 724, 726 e 727.

La disponibilità per mezzo di note testamentarie venne perciò determinata *nella vigesima parte* di quanto può il testatore come sovra disporre.

Così se egli lascerà dopo di sè uno o due figli legittimi o legittimati, ovvero adottivi (compresi come rappresentanti di quelli premorti i loro discendenti) come pure, quando, in mancanza di discendenti, egli lasci dopo di sè degli ascendenti, potendo il testatore in questi casi, a mente degli articoli 719 e 722, disporre dei due terzi delle sue sostanze, qualora queste rilevassero alla complessiva somma di lire 60m., e la porzione disponibile a lire 40m., i legati dal detto testatore fatti

per mezzo di note testamentarie, non potranno eccedere il vigesimo di questa somma, e così lire 2lm. fra tutti *1.

Se la persona che dispone con note siffatte lascia dopo di sè tre, od un maggior numero di detti figli o discendenti, come sopra, non potendo essa, a termini dello stesso articolo 719, disporre che della metà delle sue sostanze, e così, nella proposta ipotesi, che di lire 50lm., i legati fatti non potranno fra tutti eccedere lire 1,500, formanti il vigesimo di dette lire 50lm.

Se finalmente il testatore che possiede come sopra, una sostanza di lire 60lm., non lascia dopo di sè, nè discendenti nè ascendenti, ma soltanto fratelli o sorelle od altri congiunti, potendo egli, a termini dell'articolo 726, disporre della totalità delle sue sostanze, i legati da lui fatti per mezzo di note testamentarie potrebbero ascendere a lire 5lm., ma non potrebbero fra tutti eccedere questa somma.

4.° Che se poi il testatore che avrà fatti legati particolari in una o più note testamentarie, fosse interdetto per causa di prodigalità, e non avendo figli legittimi, *2 lasciasse dopo di sè ascendenti ovvero fratelli o sorelle o loro discendenti, siccome la disposizione testamentaria per esso fatta non potrebbe, a termini dell'articolo 704, primo alinea, avere effetto che per la metà dei beni di cui egli avrebbe potuto disporre, se non fosse intervenuta interdizione, ne conseguita che l'efficacia di detti legati dee regolarsi nei termini seguenti.

Se l'interdetto non lasciò dopo di sè che fratelli o sorelle o loro discendenti, siccome esso, a mente dell'articolo 726, citato nella nota precedente, avrebbe potuto disporre della totalità de' suoi beni, se non fosse contro di lui intervenuta interdizione, le disposizioni per esso fatte non essendo efficaci che per la metà di detti beni, e così, tuttora nell'ipotesi del valore di questi in lire 60lm., per la metà di detta somma, i legati da lui fatti con dette note, non potranno oltrepassare la somma complessiva di lire 1,500.

Che se poi l'interdetto lascerà dopo di sè ascendenti (o soli o con fratelli o sorelle o loro discendenti) siccome esso, giusta

*1 Non si perderà di vista, spero, che il mio lavoro è principalmente destinato all'istruzione della gioventù studiosa delle leggi.

*2 Giacchè se l'interdetto lascia figli o discendenti, il di lui testamento rimane senza effetto (art. 704).

il contenuto nell'articolo 722, non può disporre che dei due terzi de' suoi beni, e questa disponibilità riducesi alla sola metà e così ad un terzo del totale asse ereditario, come prescrive l'art. 704 precitato, i legati particolari da lui fatti nelle note testamentarie, si riducono alla sessagesima porzione della di lui eredità, e così a sole lire 1000 nell'ipotesi che questa eredità rilevi al premenzionato valore di lire 60m.

5.° Dalla prescrizione sancita in questo articolo, e dalle osservazioni per me fatte nelle note precedenti, anche i meno istruiti fra i miei lettori facilmente rileveranno che, per riconoscere sino a qual punto possano sussistere ed essere efficaci i legati particolari fatti da un testatore in semplici note testamentarie, essi non deono perdere di vista le prescrizioni contenute nel precitati articoli 719 a 724, 726 e 727, e le osservazioni da me fatte sugli stessi articoli che sarebbe inutile il qui ripetere.

6.° La prescrizione poi di cui nell'alinea di questo articolo è conforme alla massima sancita negli articoli 733 e 734, per la riduzione delle disposizioni testamentarie eccedenti la porzione disponibile, diretta a separare la legittima a favore di quegli ascendenti o discendenti cui ne compete il diritto.

Quindi è che, per determinare lo ammontare della somma o valore, sino alla cui concorrente i legati particolari fatti da un testatore in una o più note testamentarie, possono sortire il loro effetto, e per la preambola fissazione della porzione de' suoi beni di cui egli poteva disporre, l'operazione dovrà farsi nei modi e colle regole stabilite nell'articolo 731, a cui rimando il lettore, non meno che alle osservazioni da me fatte sull'articolo medesimo.

E siccome l'articolo 775, nel permettere ai testatori di fare disposizioni (in aggiunta a quelle contenute nei loro testamenti) per mezzo di semplici note testamentarie, purchè siffatte disposizioni non escano dai limiti di veri *legati particolari*, non distingue fra quelli che abbiano luogo di determinate somme di denaro, ovvero di *certi e determinati* crediti, od effetti mobili o *fondi immobili*, io non revoco in dubbio che, nel caso il legato od i legati fatti in una o più note testamentarie, fosse di uno o più *determinati stabili*, la riduzione dovrebbe farsi nella conformità stabilita negli articoli 735 e 736.

Che se poi il legato cadesse sopra *effetti mobili*, in questo caso ovvio si presenta che il legatario o legatarii non potranno pretendere che pel valore della vigesima parte della porzione disponibile.

Sezione IV.

REGOLE PARTICOLARI SULLA FORMA DI ALCUNI TESTAMENTI.

Varii erano, secondo le leggi romane ed il diritto comune, i testamenti che chiamavansi *privilegiati* o *meno solenni*.

Oltre il testamento fatto *tempore pestis*, ed il testamento *militare*, delle quali specie particolari di testamenti si occupa il Sovrano Legislatore nostro in questa sezione, secondo il diritto romano, il primo fra i testamenti privilegiati era quello che chiamavasi *parentum inter liberos*.

È noto, che gli imperatori Diocleziano e Massimiliano avevano portato tant' oltre il favore di questi testamenti, che essi, nella legge 16 cod. *Famil. ercisc.*, rescrivevano doversi eseguire la volontà del padre rispetto ai suoi figliuoli *quibuscumque verbis declarata*.

Che però le leggi relative a siffatto privilegio erano assai oscure, come diceva l'imperatore Giustiniano nella prefazione della Novella 107 *1, motivo per cui egli, nel capo primo di essa, considerando nulla essere più proprio delle leggi che la loro chiarezza, massimamente quando trattasi delle ultime volontà dei defunti, stabiliva essere valido il testamento del padre rispetto ai suoi figliuoli *2 mediante solo che fossero da lui scritti di propria mano in tutte lettere, il giorno, il nome dei figli e le porzioni in cui li instituiva eredi, senza necessità di intervento di testimonii, e colla presenza di due soli di essi, se il testamento fosse stato scritto in intiero da altra mano che quella del testatore.

*1 I miei lettori vedranno che non faccio che toccare queste materie quanto basta per le osservazioni di cui infra intorno alla nuova relativa legislazione.

*2 Questo privilegio, il quale nella prima sua origine aveva fondamento nella così estesa potestà che le leggi romane concedevano ai padri sui loro figliuoli, era poscia stato dall' Imperatore Teodosio esteso agli altri ascendenti.

Questa forma di testare dal romano diritto adottata fra ascendenti e discendenti, fu, come osservano alcuni autori francesi, la prima origine dei testamenti *olografi*, dalla francese legislazione riconosciuti *1.

In secondo luogo la legge ultima Cod. *De testam.*, ratificando un' antica consuetudine di cui non si hanno però le notizie, aveva annoverati fra i testamenti privilegiati quelli che chiamavansi *ruri condita*, rispetto ai quali, ove non si trovassero testimonii capaci di scrivere, si prescindeva dalla loro sottoscrizione; e cinque testimonii bastavano, qualora non se ne potesse avere un maggior numero *2.

Figuravano finalmente fra i testamenti privilegiati quelli detti *ad pias causas*, ossia fatti *favore piae causae*.

Ma rispetto a questi ultimi concorde non era l' opinione degli interpreti *per quanto riflette il diritto romano*, invocandosi da coloro che sostenevano la qualità privilegiata di siffatti testamenti, la costituzione dell' imperatore Costantino nella legge prima, Cod. *De sacrosantis ecclesiis*.

Per contro, coloro che contestavano detto privilegio, ricorrevano alla generale prescrizione contenuta nella posteriore costituzione degli imperatori Valentiniano e Marciano nella legge 15 del Codice al titolo precitato, che dicevano derogatoria della predetta legge di Costantino, sostenendo inoltre che lo scopo di questa fosse unicamente di permettere le liberalità prima proibite a favore delle chiese e collegii cristiani, e non di derogare alle formalità dei relativi testamenti.

Ma ciò che era dubbio secondo le leggi romane, tale non lo era giusta il diritto canonico *3 ove non vi era derogato dalle leggi della potestà secolare, o dalle massime dei Supremi Magistrati *4 giacchè, secondo tale diritto, le disposizioni fatte *favore piae causas*, erano valide in qualunque modo esse fossero seguite, purché coll' intervento di due soli testimonii.

*1 Grenier, tom. 1, *Discours hystor.*, pag. 21, col. 1.a in fine.

*2 Può anche vedersi in proposito l' editto del Re Carlo Emanuele per la Sardegna del 15 gennaio 1770, cap. 1, §§ 1, 2 e 3, rif. nella Prat. Leg., part. 2, tom. 4, pag. 48 e 49.

*3 Cap. *Relatum* II, extra *De testamentis*; vedi anche il VoII in Pandect., lib. 28, tit. 1, num. 19.

*4 Può vedersi in proposito il Tesoro nelle sue *Questioni forensi*, quest. 35, num. 6, vers. *Sed adverte*.

Queste cose toccate di volo sulle tre specie di testamenti privilegiati che, oltre quello *tempore pestis* ed il *militare* erano dalle leggi romane e dal diritto canonico riconosciuti, passerò ad esaminare la importante controversia se la preesistente legislazione o giurisprudenza sia o non, rispetto ad essi, dal nuovo Codice abrogata.

E primieramente quanto al testamento fatto *nelle campagne*, che i Romani chiamavano *testamentum ruri conditum*, nelle mie osservazioni sull' articolo 749, ho già avvertito come i compilatori del codice civile francese avessero riguardati siffatti testamenti quali meritevoli di qualche speciale privilegio.

Motivo per cui l' articolo 974 di quel codice, dopo di avere stabilito come regola generale dovere i testamenti pubblici essere sottoscritti dai testimonii, statuiva che nelle *campagne* bastasse tuttavia che due dei quattro testimonii sottoscrivessero il testamento, ricevuto da un solo notaio, ed uno dei due quello ricevuto da due notai.

E dissi come le molte controversie che insorgevano nel definire cosa intendere si dovesse pel vocabolo *campagna*, avessero spinto il Sovrano Legislatore nostro a troncarle, permettendo nel detto articolo 749, come regola generale pei testamenti pubblici *1 l'intervento in essi di due dei quattro testimonii accennati nell' articolo 745, ignari delle lettere, e come tali incapaci di sottoscrivere il testamento, dei quali il citato articolo 749 esige il sottosegno e se n' appaga.

Mentre perciò non può più essere in oggi quistione del privilegio dei testamenti di cui ora io ragiono intorno al numero dei testimonii necessari per essi, che il vegliante Codice Civile ha ridotto a soli quattro nei testamenti pubblici, ed a cinque negli atti di consegnazione di quelli segreti, io non revoco un momento in dubbio che, se in un testamento pubblico o nell' atto di consegnazione di un testamento segreto fatto *nelle campagne* intervenissero più di due testimonii *illetterati* e soltanto *sottosegnati*, la citata legge ultima Cod. *De testam.* non potrebbe sottrarre testamenti siffatti alla nullità pronunziata dagli articoli 749, 751 e 802.

*1 E quanto ai testamenti segreti, nella cui consegnazione ed atto relativo si esige dall' art. 751 la presenza di cinque testimoni, questo articolo esige parimenti, senza distinzione di località, la sottoscrizione di tre di essi soltanto.

Mi resta ad occuparmi del testamento *parentum inter liberos* e del testamento e delle disposizioni fatte a favore *piae causae*, ed anche a loro riguardo io tengo per fermo che gli antichi privilegi sulla forma loro, siano dalla novella legge aboliti. E primieramente io non posso un momento credere che ai compilatori del nuovo nostro Codice sia sfuggita l'opportunità, ed anche la necessità di occuparsi dei due privilegi premenzionati, ed anche di regolarne, con apposite prescrizioni, lo esercizio, a scanso delle divergenti opinioni ad essi relative, e delle controversie, cui dava luogo particolarmente il testamento *parentum inter liberos*, se fosse stata mente Sovrana che questi privilegi fossero mantenuti.

Ed io credo anzi essere ad alcuno paruto conveniente che la prescrizione sancita nell' art. 802 venisse assoggettata ad una eccezione in favore dei *discreti legati pii*; ma si sarà fatto riflesso che le massime invocate all' appoggio di detto privilegio, contrarie al vero e giusto senso delle leggi romane *1 che autorizzavano soltanto i luoghi pii a ricevere liberalità, senza però dispensarli dalle forme a ciò prescritte, avessero cessato di aver corso fra di noi a misura che si andarono sostituendo al diritto romano leggi positive sulla forma da osservarsi negli atti tanto tra vivi, che di ultima volontà; essere tanto meno il caso di fare alcuna eccezione a tale riguardo che, colle disposizioni sancite nel nuovo Codice, riducevansi unicamente le nullità dei testamenti ai casi di inosservanza delle forme che si riputarono indispensabili per evitare l'incertezza della volontà del defunto, la quale non dee profittare maggiormente ai luoghi pii che ad altri qualunque.

Ogni dubbietà in proposito sembrami poi risolta da quanto noi leggiamo nella nota sposizione dei motivi del Codice Albertino, ove, parlandosi delle prescrizioni contenute nella presente sezione, si diceva: « Essersi valuti di quelle norme generali che i Codici di altre nazioni a tal proposito somministrano, particolarmente in riguardo ai casi, a' quali vuolsi convenientemente circoscrivere l'uso delle esenzioni concesse dalle forme ordinarie ».

*1 Vedi il Fabro nella sua opera *De erroribus pragmaticorum decad.* 35, error 7.

778. Nei luoghi in cui fossero interrotte tutte le comunicazioni a cagione di peste, o di altra malattia contagiosa, sarà valido il testamento ricevuto in iscritto da un notaio, o dal Giudice, o dal Parroco, o dal Sindaco, o da chi farà le veci dei medesimi in presenza di due testimoni.

Il testamento sarà sempre sottoscritto da chi lo riceve. Sarà inoltre sottoscritto o sottosegnato dal testatore e dai testimoni, se le circostanze lo permettono: sarà tuttavia valido anche senza le sottoscrizioni o segni di questi, purchè si faccia in tale caso menzione espressa della causa per cui il testatore ed i testimoni non hanno sottoscritto o sottosegnato.

Potranno servire per testimoni a tali testamenti persone dell' uno e dell' altro sesso, purchè sane di mente, e maggiori d' anni sedici.

1.º Fra i testamenti meno solenni, il cui privilegio venne dal nostro Codice, come dalle altre nuove legislazioni mantenuto, figura il testamento fatto « nei luoghi, in cui fossero « interrotte tutte le comunicazioni a cagione di peste o di altra malattia contagiosa ».

Nulla meglio dimostra che le viste politiche piuttosto che la vera filosofia del diritto abbiano influito sulle leggi romane che il raffronto di quelle sanzionate da quel popolo conquistatore o da' suoi governanti sul testamento *tempore pestis condito*, e sopra quelli delle persone addette alla milizia, e dei padri rispetto ai loro figliuoli.

Ho detto nella nota precedente come, per una conseguenza di quella immensa potestà che l'interesse politico del popolo romano aveva fatto concedere ai padri di famiglia sulle persone e sulle cose dei loro figliuoli, i testamenti dei primi fra questi ultimi andassero esenti da pressochè tutte le formalità prescritte per gli atti di ultima volontà degli altri cittadini romani.

Sebbene il testamento *militare* propriamente detto non sia stato introdotto che dagli imperatori, gli storici e gli oratori *1 ci insegnano che, sino dai primi tempi di Roma, i cittadini che partivano per la difesa della patria dichiaravano la loro ultima volontà in presenza di quattro, ed anche di soli tre testimoni, e che siffatte disposizioni, che chiamavansi testamenti *in procinctu*, erano religiosamente eseguite.

L'unico privilegio per contro che la legge 8 cod. *De testam.* concedesse ai testamenti fatti *in tempi di contagio* era quello che non fosse necessaria la contemporanea riunione dei testimoni, sul di cui numero (di sette) nulla rimetteva quella legge dell'ordinario rigore per gli altri testamenti.

La filosofia del diritto ci insegna però che, se le formalità, di cui vennero circondati gli atti di ultima volontà, furono introdotte per guarentirli dalle frodi e supposizioni che in essi possansi commettere, l'esenzione dal loro adempimento non dee essere un *privilegio* concesso a certe persone *2, ma bensì ed unicamente una *deroga alle regole generali*, necessitata dalla forza delle circostanze dei tempi e dei luoghi, onde conciliarle coll'esercizio di quella ragione di disporre delle cose sue, che forma una delle principali emanazioni del sacrosanto diritto di proprietà.

Siffatte incongruenze della romana legislazione vennero in Francia emendate dalla più volte nel corso di questa parte della mia opera citata ordinanza del 1755, di cui gli articoli 55, 56, e 57 sui testamenti fatti in un luogo, ove siano le comunicazioni interrotte per causa di peste od altra malattia contagiosa, vennero trapiantati negli articoli 985, 986, e 987 del nuovo Codice di quel reame; e se presso di noi (ove il diritto romano venne mantenuto come legge dello Stato in tutto ciò in che esso non era innovato dalla patria legislazione, dagli statuti e dalle consuetudini) i così detti privilegi del testamento *paren-*

*1 Plutarco nelle vite di Coriolano, Velleio Patercolo, Cicerone *De oratore et de natura Deorum*; Sigonio, *De antiquo iure civium romanorum*, cap. 12, ed Eneccio, *Elem. iur. civ.*, lib. 2, tit. 11, § 302.

*2 Motivo per cui se i testamenti militari, *parentum inter liberos*, ed altri furono in relazione al diritto romano, giustamente detti testamenti *privilegiati*; siffatta denominazione venne con ragione intralasciata dai moderni legislatori, ed il titolo di questa sezione venne più propriamente espresso coi vocaboli dicenti: « Regole particolari sulla forma di alcuni testamenti. ».

tum inter liberos e di quello *ruri conditum*, formarono, rispetto a tali testamenti, la base dell' assentata giurisprudenza, partendo questa da più sani principii di ragione, applicò ai testamenti fatti *tempore pestis* quella esenzione dalle ordinarie formalità che la retta ragione voleva fosse almeno resa comune a siffatte disposizioni testamentarie; avvegnachè, sebbene la disposizione contenuta nel capo *Delle prove*, dei decreti sulla forma di procedere riferita dal Sola *1, e con cui si permetteva di provare con *tre testimonii* le disposizioni testamentarie fatte *in tempo di peste*, fosse stata derogata dalle posteriori providenze del Duca Carlo Emanuele commentate dallo stesso autore *2, la massima già adottata dal Senato di Savoia al dire del Presidente Fabro *3 che nei testamenti fatti in tempo di peste bastassero *cinque testimonii*, venne parimenti assentata dal Senato di Piemonte, come ci riferisce il decidente nostro Tesauro *4; ed anzi lo stesso decidente *5 narra che, con una sentenza del 15 aprile 1601, venne dichiarato valido un testamento, a cui soli quattro testimonii erano intervenuti, fatto però mentre la terribile pestilenza del 1599 imperversava in questa dominante a segno che le porte della città fossero indifese ed abbandonate.

Malgrado le preriferite decisioni nemmeno fra di loro conformi sul numero sufficiente di testimonii nei testamenti di cui si tratta in questo articolo, il conflitto di esse colla legge romana, rendeva fluttuante la giurisprudenza sovra questa rilevante materia, motivo per cui un patrio nostro autore *6 con ragione diceva che « *Quaestio haec ex rerum et personarum adiunctis pendebat: videlicet tum ex maiori vel minori morbi saevitia, tum ex testantis conditione* » *7; e siccome l'incertezza del diritto è

*1 Pag. 388, col. 1.a in fine.

*2 Pag. 342, col. 1.a.

*3 Lib. 6, tit. 3, def. 3, ove si dice essere stato ammesso un minor numero rispetto ai testamenti dei sindaci, ed altri pubblici uffiziali.

*4 Decis. 180, n. 1.

*5 Ivi, n. 4, *in notis*.

*6 Richeri, Jurisp. Univ., tom. 6, § 1115.

*7 Egli allude alla massima insegnata dal Fabro nella cit. def. 5, fondata sull' erronea idea che l' esenzione di che si tratta dovesse considerarsi come un *privilegio* inerente alle persone, e non come una *misura straordinaria* necessitata da insoliti eventi.

una delle più gravi calamità nella vita sociale, ed il sistema adottato dai legislatori romani intorno ai testamenti meno solenni, pugna troppo coi dettami della retta ragione, ottimo fu il divisamento del Sovrano Legislatore nostro di stabilire in questo articolo delle norme positive sui casi in cui, per ragione di peste, od altra malattia contagiosa, possano i testamenti farsi senza tutte le formalità dalla legge prescritte, e quali siano quelle che possano essere trasandate; e nulla presentandosi perchè non potesse *in massima* adottarsi il disposto dall' art. 985 del Codice civile francese, desunto, come sopra ho rilevato, dall' art. 53 dell' Ordinanza del 1755, disposizione già seguita da pressochè tutti i codici moderni, essa venne con tanto miglior consiglio in questo articolo innestata, in quanto che essa fa cessare la precedente fluttuazione sulla gravezza *del morbo*, la quale possa far luogo alla sanzione eccezionale di che si tratta.

2.º Certamente allorquando una malattia pestilenziale od altrimenti contagiosa cotanto inferisce in uno o più paesi, che l'interesse della salvezza degli abitanti di quelli che li circondano, senza esserne ancora infetti, esiga che, col mezzo di cordoni sanitari, tutte le comunicazioni fra gli uni e gli altri vengano interrotte, tale dee essere il terrore desolante le popolazioni dal morbo attaccate, che ben difficile riesca a coloro, i quali intendano di disporre delle cose loro per testamento, il trovare notai che lo ricevano, ed il numero ordinario, tuttochè dalla nuova legge di molto ristretto, di persone che vogliansi assistervi *come testimoni*.

In queste luttuose circostanze esigere da quei miseri i quali, od attaccati dal male, od ancor sani, ma atterriti dall'imminente pericolo, vogliono far testamento, lo adempimento in esso delle forme dalla legge stabilite, sarebbe interdirloro la facoltà di così disporre.

Nel caso perciò *tutte le comunicazioni siano*, come sopra, *interrotte*, permette l' articolo che il testamento sia ricevuto in iscritto anche dal giudice, dal parroco, o dal sindaco, o da chi farà le veci dei medesimi in presenza di soli *due testimoni*; ma questa facoltà non è dalla legge concessa, salvo che nel caso predetto di *interruzione* *le tutte le comunicazioni*, e non lascia luogo a ragionare sulla maggiore o minore gravezza del morbo contagioso; così che, se il nuovo Codice Civile fosse già stato in vigore nell' anno 1835, in cui il noto *choléra mor-*

bus asiatico imperversò in varie città e comuni degli Stati di S. M. in terraferma e segnatamente nella città di Genova ed in Cuneo mia patria, la circolare della Regia Segreteria per gli affari interni agli Intendenti delle provincie del 5 agosto di quell'anno, in cui si notificava « essere intenzione di S. M. « che non si stabilisse fra comuni e comuni alcun cordone sanitario, nè che si facessero altre disposizioni d'isolamento « qualunque », avrebbe tolto ogni mezzo legale di invocare pei testamenti imperfetti fatti in quelle città l'esenzione di che si tratta.

3.° Il citato articolo 985 del codice civile francese, nel caso siano interrotte come sovra tutte le comunicazioni, permette che il testamento sia ricevuto dal giudice di pace, o da un ufficiale municipale.

L'articolo predetto non faceva cenno del notaio, tuttochè nominato parimenti nell'articolo 33 dell'Ordinanza del 1735.

Il sig. Vazeille osserva opportunamente che l'attribuzione data al giudice di pace od all'uffiziale municipale, essendo meramente *suppletiva* di quella del notaio, non si era creduto necessario di nominare quest'ultimo, e soggiunge che la di lui comprensione era stata prudentemente espressa in detto articolo 33: ciò venne fatto nell'articolo presente.

Il presidente Malleville, nelle sue osservazioni sullo stesso articolo 985 del codice civile francese, dopo di avere rilevato il divario fra il detto articolo e quello summenzionato dell'antica Ordinanza, il quale permetteva parimente ai parroci, ai vicarii, ai vicecurati il ricevere i testamenti nei casi di peste o malattia contagiosa, esprimevasi nei termini seguenti:

« Il est probable que s'il (il codice francese) avait été fait « plus tard, on aurait suivi l'Ordonnance. L'utilité de sa disposition, à cet égard, n'a pas besoin d'être démontrée: l'expérience a prouvé que ce sont les ministres de la religion qui « sont communément les derniers à abandonner les malades. »

La comprensione dei parroci fra le persone che possono ricevere i testamenti di cui si tratta, era tanto più ovvia e connaturale presso di noi che l'editto del Re Carlo Emanuele del 15 gennaio 1770 pel regno di Sardegna, il quale dispensava dalla necessità dell'intervento del notaio i testamenti fatti nelle ville od in luoghi ove mancasse il notaio predetto, permetteva che essi fossero ricevuti da' confessori o curati.

Le espressioni contenute in questo articolo dicenti: « ricevuto » in iscritto da un notaio o dal giudice o dal parroco, o dal « sindaco, o *da chi farà le veci dei medesimi*, » possono far nascere il dubbio se il testamento di che si tratta possa parimente essere ricevuto dal *praticante del notaio*.

Ma quantunque l'editto ultimamente citato nominasse anche gli *scrivani* fra quelli che ricevere potevano i testamenti di cui in esso, io credo che le parole *da chi farà le veci dei medesimi* non si riferiscano che al giudice, al parroco ed al sindaco, i quali possono essere, nell'esercizio delle loro funzioni, rappresentati dal luogotenente giudice, dal vicecurato e dal vice-sindaco, e siano estranee al praticante del notaio, il quale non è dalla legge autorizzato a rappresentare il notaio stesso nell'esercizio di funzioni meramente personali al medesimo.

4.° Ma un'altra ben più grave controversia nasce dalle parole dell'articolo dicenti: « Sarà valido il testamento *ricevuto in* » in iscritto da un notaio, o dal giudice, o dal parroco, o dal « sindaco. »

Questi vocaboli posti in confronto con quelli che noi abbiamo nell'articolo 745, ove si dice che « Il testamento *pubblico* è ricevuto da un notaio in presenza di quattro testimonii » sembrano additarci che di siffatto testamento *pubblico* il legislatore abbia soltanto voluto parlare in questo articolo, ed al medesimo riferire esclusivamente l'esenzione dalle formalità di rigore ivi sancita.

Ne seguirà egli da ciò che, se in un luogo ove tutte le comunicazioni siano interrotte per cagione di peste od altra malattia contagiosa, una persona facesse un testamento *segreto*, o lo presentasse ad un notaio, od al giudice, od al parroco od al sindaco in presenza di due soli, od anche di tre testimonii, tale testamento sarebbe nullo?

Questa controversia venne presentata alla decisione del Senato di Nizza nella causa fra i fratelli Bottini ed i fratelli Stella.

Trattavasi di un testamento *in forma mistica* presentato al notaio Albo dalla Caterina Bottini-Massa moglie del cavaliere Luigi Maria Stella il 30 maggio 1818, in San Remo, ove era vigente il codice civile francese, ed ove imperversava allora un *tifo petecchiale*.

I fratelli Stella impugnavano il detto testamento per essere l'atto di presentazione di esso mancante di varie delle forma-

lità prescritte dall' articolo 976 di quel codice, e soprattutto per non essere tale atto scritto per intero sovra la carta contenente il testamento, ovvero sovra quella che le serviva d' involto.

I signori Bottini-Massa veggendo di non poter contestare le contravvenzioni in quell'atto commessesi al precitato articolo della legge vegliante, sostenevano che nella città di S. Remo inferisse nel maggio 1818 il detto tifo petecchiiale, considerato epidemico e contagioso, ed invocando gli articoli 985 e 986 (a cui corrispondono il presente ed il 780 del Codice nostro) dicevano che, se a mente dei succitati articoli, il testamento della Bottini-Massa sarebbe stato valido, quand' anche fosse stato ricevuto dal giudice di pace, o da un ufficiale municipale in presenza di due soli testimonii, con maggior ragione dovesse dichiararsi tale lo stesso testamento nel quale erano state adoperate solennità anche maggiori di quelle prescritte dal succitato articolo 976 *1.

E per giustificare la natura epidemica e contagiosa di quel morbo e le conseguenze di esso previste dal precitato articolo 985, presentavano varii documenti, e segnatamente una Istruzione emanata l' 11 maggio 1818 dal magistrato di sanità di Genova, ed indiritta alla deputazione straordinaria stabilita in S. Remo, e tre certificati del sindaco e consiglieri, del parroco e del medico Bria di detta città, giustificanti la qualità contagiosa della malattia, a cui avesse dovuto il primo giugno di detto anno succumbere la testatrice; come pure che fossero « state intercettate le comunicazioni sì dirette che indirette colle persone e case che ne erano infette. »

Il Senato di Nizza, colla sentenza da lui profferta il 29 dicembre 1827, a relazione del sig. senatore Guiglia, e di cui furono resi di pubblica ragione i motivi, *2 dichiarando nullo il testamento del 30 maggio 1818, pronunziava in conseguenza sulle dimande formanti l' oggetto di quella causa.

Il magistrato rievocava invero in dubbio la natura contagiosa del morbo che aveva inferito in S. Remo nel 1818.

*1 Erano stati chiamati ed erano intervenuti in quell'atto di presentazione sette testimoni, tuttochè l' articolo 976 del codice francese non esiga che di sei testimoni la presenza.

*2 Questa importante decisione è riferita dal signor Avv. Duboin nella preziosa sua opera, serie dei testamenti, vol. 1, pag. 354 a 378.

Questa dubbietà appresentavasi tanto più grave agli occhi suoi che i fratelli Stella non avessero giustificato che in detta città seguito fosse verun testamento colle sole solennità accennate nell' articolo 985 del codice francese, e che tre ne presentavano i fratelli Bottini-Massa, fatti nella forma ordinaria.

Faceva anche senso sullo spirito del magistrato il riflesso che la testatrice stessa non avesse voluto profittare del così detto *privilegio* dei testamenti fatti *tempore pestis*, avendo essa nell' atto di presentazione del 31 maggio 1818, rispetto al numero di testimonii, adempito con esuberanza al disposto dal succitato articolo 976.

Ma dopo siffatti riflessi, il Senato credette di non doversi più lungamente trattenere in essi « poichè egli pensò *senza esitazione* (sono parole della decisione) che le eccezioni alle regole ordinarie quanto alla forma de' testamenti, di cui negli articoli 985, 986 e 988 del citato codice francese *1, *non potessero altrimenti applicarsi che al solo testamento che vien fatto per pubblico istromento*, e non mai a quello che venga « redatto in forma mistica ».

Spiacemi sommamente che i limiti dai quali non posso allontanarmi nello esteso lavoro da me intrapreso *2 non mi permettano di riferire le saviissime ed elaboratissime considerazioni svolte dal Senato di Nizza a corredo della massima in diritto per esso come sovra assentata, desunte dalla natura e dalle forme particolari del testamento *alla forma mistica*, non meno che dal silenzio della legge in discussione sovra tali testamenti, dalle di lei espressioni, le quali escludono che abbia voluto comprenderli, e dalle incoerenze che nascerrebbero se si ammettesse che un testamento siffatto potesse essere presentato in presenza di due soli testimonii.

Restringerommi a dire, che tanto maggiormente mi uniformerei consultando alla decisione del Senato di Nizza, se si trat-

*1 Alle disposizioni dei precitati articoli, per l'oggetto della controversia, possono dirsi affatto conformi quelle contenute nella prima e seconda parte del nostro articolo, e nell' articolo 780.

*2 E tanto meno intorno ad una parte della legislazione l' applicazione della quale, mercè i progressi fatti nelle misure sanitarie, sembra doversi rendere così insolita, che i signori Grenier, Toellier, Duranton e Vazeille nelle loro accreditate opere ben poco, o pressochè nulla se ne occuparono.

tasse di un testamento segreto fatto sotto l'impero del nostro Codice, che non lieve argomento della giustizia della massima dal prelodato Supremo Magistrato assentata, ci suppleta la nota regola *inclusio unius est exclusio alterius* combinata colla prescrizione sancita nell' articolo 798.

5.º Il codice civile francese, dopo di avere, negli articoli 981, 982, 983 e 984, stabilito le forme particolari ai testamenti fatti da' militari e dagli individui impiegati nelle armate, dopo di avere, negli articoli 985, 986 e 987, parlato dei testamenti fatti in tempo di peste o di malattia contagiosa, e dopo di avere statuito rispetto ai testamenti fatti sul mare nell' articolo 988 e seguenti sino all' articolo 997, con una generale prescrizione contenuta nel successivo articolo 998, provvedeva sulle sottoscrizioni dei testatori e dei testimoni ai testimonii delle *tre specie* suddivise, non meno che sulle sottoscrizioni di coloro che li hanno ricevuti.

I compilatori del nostro Codice credettero più opportuno di occuparsene per ciascuna delle stesse specie di testamenti, e così nel primo alinea di questo articolo, nell' articolo 785, quanto ai testamenti fatti *sul mare*, e nell' articolo 792 rispetto a quelli *dei militari* e delle persone impiegate presso l' esercito.

Il Legislatore si presta colla maggior facilità possibile alle terribili circostanze che accompagnano la confezione dei testamenti nell' articolo accennati, quanto alla sottoscrizione del testatore e dei testimonii; ma siccome il testamento non avrebbe una legale esistenza senza la sottoscrizione quanto meno del notaio o del giudice, del parroco o del sindaco che lo ha ricevuto, questa sottoscrizione la esige imperiosamente e sotto pena di nullità del testamento, come si evince dal primo alinea predetto di questo articolo combinato coll' articolo 802.

Notisi, che dal raffronto della prescrizione ora rammentata con quella degli articoli 748 e 749 si evince potersi nei testamenti di cui ragiono impiegare come testimonii due persone illetterate, e non esigersi nemmeno il loro sottosegno e quello del testatore, salvo che *nel caso le circostanze lo permettano*.

Ma se il testatore ed i testimonii non hanno sottoscritto o sottosegnato il testamento, vuole l' articolo che si faccia *espressa menzione della causa* che abbia impedita siffatta sottoscrizione ed il sottosegno, e l'ommissione di tale menzione importerebbe pure la nullità del testamento.

6.° Ritengasi che, quantunque il Legislatore, intorno ai testamenti di cui si tratta, faciliti quanto al numero ed alla sottoscrizione o sottosegno dei testimonii, vuole però il presente articolo che i detti testamenti siano ricevuti in iscritto *in presenza dei testimonii* prenominati.

Non potrebbe dirsi adempiuto in proposito al disposto dalla legge, se i testimonii, per timore del morbo contagioso, si trattenessero e sottoscrivessero il testamento in altra camera che quella dell' infermo, quand' anche potessero da quel luogo sentire la *dichiarazione di volontà* per esso fatta, e la *lettura* del testamento.

Tale era l'opinione di un patrio nostro autore *1 quando l'esenzione dei testamenti fatti *tempore pestis* da certe formalità non aveva altro fondamento che la ricevuta giurisprudenza, ed egli invocava all'appoggio della sua opinione la legge 9 Cod. *De testam.*, e la necessità che i testimonii veggano il testatore, a scanso delle frodi e delle supposizioni, che, senza di ciò, si potrebbero commettere.

7.° Nella nota precedente ho parlato della *dichiarazione di volontà* e della *lettura* prescritte pel testamento pubblico dall' articolo 747, ed a pena di nullità dello stesso testamento a termini dell' art. 802.

Sarà esso nullo un testamento fatto in tempo di peste od altra malattia contagiosa, e ricevuto da un notaio o da alcuno degli altri funzionarii in questo articolo nominati, se esso non contenga, a mente del succitato articolo 747, le menzioni ivi prescritte?

Io non saprei rivotarlo in dubbio: quando la legge prescrive per certi atti le formalità di rigore da osservarsi nei medesimi nei casi ordinarii, e quindi, prevedendo casi insoliti, stabilisce quali siano quelle loro formalità, dal cui adempimento essa crede di doverli esimere, siffatta disposizione, giusta i conosciuti legali principii, non toglie che le altre forme degli atti stessi debbano eseguirsi. E ciò tanto maggiormente quando le formalità non derogate sono dirette a guarentire la sincerità delle disposizioni che l'atto racchiude, e ad evitare le frodi e le supposizioni che in esso commettere si potrebbero.

*1 Richeri, Jurisp. Univ., tom. 6, n. 1107.

Il Legislatore non dice già in questo articolo che il testamento di cui in esso *andrà esente da tutte le formalità*, nei casi ordinarii, prescritte dagli articoli 745 e 747.

Egli si limita a stabilire che il ridetto testamento *sarà valido*, se sarà ricevuto, non solo da un notaio, ma anche da uno dei funzionarii pubblici nell'articolo nominati in presenza di soli due testimonii. Ciò che equivale al dire che lo stesso testamento *non sarà nullo* per ciò solo che non sia ricevuto da un notaio ed in presenza di quattro testimonii, ma non toglie che possa andare soggetto a nullità se in esso non sonosi adempiute le altre formalità prescritte dal succitato art. 747.

8.° L'ultimo favore che la legge, nel secondo alinea dell'articolo, concede al testamento fatto in tempo di peste o di malattia contagiosa, riguarda il *sexso* e l'*età* dei testimonii.

L'articolo 754 vuole che, nei testamenti ordinarii, i detti testimonii siano *maschi* e *maggiori*: l'art. presente permette che servano per testimonii, ai testamenti di cui si tratta, persone *dell'uno e dell'altro sesso*, purchè sane di mente, e *maggiori di anni sedici*.

La legge romana considerava nei testimonii testamentarii in generale la capacità *passiva* di ricevere per testamento: il nostro Legislatore determinossi per contro con più ragione, nel caso particolare di cui si tratta, per la capacità *attiva* di testare stabilita nell'articolo 701; ma se non è necessario pei testimonii presenti al testamento di che si tratta, che essi siano maschi e maggiori come il prescrive il succitato articolo 754, essi debbono certamente essere sudditi del Re, o dimoranti nello stato almeno da tre anni, e non avere incorsa la perdita dei diritti civili.

Militano all'appoggio di questa proposizione gli stessi argomenti che ho svolti nella nota antecedente, e l'assurdo che potesse essere testimonio in un testamento, qualunque siano le circostanze che lo accompagnano, colui che è in certo tal modo morto alla società civile e riputato indegno di qualunque deferenza.

E questo assurdo corrobora l'opinione da me adottata qui sovra e nella nota precedente; giacchè, se si ammettesse che il succitato art. 754 non fosse applicabile ai testamenti *tempore pestis*, converrebbe ravvisare idonei egualmente l'individuo ultimamente nominato come lo straniero.

779. Ove il testatore muoia prima che le comunicazioni siano ristabilite, o prima de' sei mesi di cui nell' art. 681, il testamento sarà depositato, tostochè sarà possibile, nell' archivio d' insinuazione del luogo ove è stato ricevuto.

1.° L' articolo 1000 del codice civile francese prescrive soltanto *la registrazione* dei testamenti fatti all' estero: il nostro prescrive il deposito nell' archivio d' insinuazione, sia del testamento di cui negli articoli precedenti, sia di quello fatto sul mare, e del testamento militare (articoli 789 e 794 ;) ma siccome, giusta l' articolo 781, i testamenti di cui si tratta diventano nulli se il testatore sopravvive sei mesi dopo che le comunicazioni saranno riaperte nel luogo dove egli ha testato, ovvero sei mesi dopo che egli si sarà trasferito in un luogo in cui non siano interrotte, rimanendo inutile il deposito in un pubblico archivio di un atto che non può sortire il menomo effetto, questo deposito non viene ordinato salvo che nel caso il testatore muoia prima che le comunicazioni siano ristabilite, ovvero ne' sei mesi dopo che saranno riaperte, o dopo che si sarà trasferito in un luogo in cui non siano interrotte.

Il Legislatore non fissa ai funzionarii che hanno ricevuto il testamento verun termine per farne il deposito: la possibilità di ciò eseguire dipendendo da molte e svariate circostanze, la legge si affida all' esattezza dei funzionarii predetti nello adempiere ad un dovere così sacrosanto colla massima sollecitudine tosto che ciò loro riescirà possibile.

2.° L' articolo nel prescrivere il deposito dell' *originale* testamento, senza regolarne come sovra il termine, non distingue tra il caso in cui esso sia ricevuto da un notaio ed inserito nel suo minutorio, ed il caso in cui lo stesso testamento sia ricevuto dal giudice, dal parroco o dal sindaco.

Se il detto testamento sarà ricevuto da un notaio *nel luogo ove esiste l' uffizio d' insinuazione*, sarà egli obbligato di eseguire l' ordinato deposito dell' *originale*, e dispensato così dall' obbligo della consueta *insinuazione*, impostogli dall' art. 2.° del Regio Editto 12 luglio 1814 ?

La proibizione fatta a' notai, sotto pena della privazione dei loro uffizii, dall' art. 8 titolo 7° del noto regolamento pel notariato e per l'insinuazione, approvato colle Regie Patenti del 29 ottobre 1770, di *rimettere* qualsivoglia *minuta* di qualunque atto per essi ricevuto, proibizione soltanto modificata rispetto ai testamenti segreti dall' articolo 757, sembra additare che l' obbligazione del deposito, in questo articolo menzionata, rifletta soltanto i testamenti ricevuti dai giudici, dai parroci o dai sindaci, e così da funzionarii, i quali non tengono minutarî di atti per essi ricevuti; ma se in questo senso venisse risolto il proposto quesito, il notaio che avesse ricevuto uno dei testamenti contemplati nei due precedenti articoli, sarà egli tenuto di insinuarli nel termine di giorni trenta fissato dal precitato articolo 2° del Regio Editto del 1814, e così nell' intervallo di tempo durante il quale è incerta la validità di detto testamento, ed il di lui deposito sarebbe, in ragione di siffatta incertezza, dalla legge sospeso, se esso fosse ricevuto da un altro funzionario pubblico o religioso che da un notaio?

Queste dubbietà mi sembrano tali a poter esigere una spiegazione dell' autorità competente, di cui l' urgenza rimane tuttavia fortunatamente esclusa dai riflessi per me accennati nell' annotazione al quarto commento sull' articolo precedente.

780. Le disposizioni di cui ne' due precedenti articoli, avranno luogo a favore tanto di quelli, che saranno colpiti dalla malattia, quanto di coloro, che si troveranno nei luoghi infetti, comunque non siano attualmente ammalati.

La grandissima difficoltà che si incontra nei luoghi in cui siano interrotte tutte le comunicazioni a cagione di peste o altra malattia contagiosa, a trovare notai che ricevano e quattro testimonii che assistano ad un testamento, maschi, maggiori, letterati ed aventi le altre qualità dalla legge previste, ha luogo parimente, sebbene forse non in tanta estensione, rispetto a coloro che si trovano in detti luoghi infetti, comunque non siano attualmente dal morbo attaccati.

All' oggetto di togliere ogni dubbiezza sul punto se ai testa-

menti fatti da questi ultimi ricevesse del pari applicazione l'esenzione dalle ordinarie formalità dalla legge concessuta, l'articolo 36 dell'Ordinanza del 1735 sui testamenti e sulle donazioni, li aveva espressamente compresi nella esenzione promenzionata.

Quella disposizione essendo stata rinnovata nell'art. 986 del codice civile francese, venne pure dal Sovrano Legislatore nostro, come ben savia e ragionevole, adottata.

781. Tali testamenti diverranno nulli sei mesi dopo che le comunicazioni saranno state riaperte nel luogo in cui trovasi il testatore, ovvero sei mesi dopo che questi si sarà trasferito in un luogo in cui non saranno interrotte.

La sola forza di ben imperiose circostanze, e la difficoltà maggiore o minore, ma sempre costante di eseguire le formalità ordinarie nei testamenti fatti in tempo di peste, o sul mare, o dai militari che trovansi all'esercito, hanno potuto determinare i Legislatori ad esimere dall'adempimento rigoroso di dette formalità siffatti testamenti, quantunque essi, ricevuti nella premessa forma meno solenne, non presentino quella guarentigia della loro sincerità, ad ottenere la quale dirette sono le formalità stesse.

Il favore che la legge concede alle persone che si trovano nei luoghi e nelle circostanze surriferite, dee perciò essere temporario se tale fu del pari l'impedimento avvenuto al testatore di uniformarsi al disposto dal diritto comune.

Se egli, dopo trascorso un certo termine dacehè si trova in posizione di testare nella forma ordinaria, viene a morire senza avere ciò eseguito, cessa il motivo di dare effetto alla disposizione testamentaria meno solenne per esso fatta.

L'imperatore Giustiniano nel § 3 delle sue Istituzioni al titolo *De militari testamento*, aveva, quanto ai testamenti dei militari, fissato detto termine ad un anno *post missionem*.

L'articolo 32 dell'Ordinanza francese del 1735 lo riduceva a mesi sei, e lo stesso termine concedeva l'articolo 37 pei testamenti fatti in luoghi infetti da morbo contagioso.

Quelle disposizioni essendo state ripetute pei testamenti militari nell'art. 984, e pei testamenti fatti in tempo di peste, nell'art. 987 del codice civile francese, non vi aveva motivo per cui non fossero inserite nella nuova nostra Legislazione civile: esse lo furono in questo articolo e nell'art. 796.

782. I testamenti fatti sul mare durante un viaggio potranno essere ricevuti nel seguente modo, cioè:

A bordo de' vascelli, ed altri bastimenti della Regia marina dall' ufficiale comandante il bastimento, od in difetto da quello che ne fa le veci nell' ordine del servizio, l' uno o l' altro unitamente al commissario di marina, od a colui che ne adempie le funzioni;

Ed a bordo dei bastimenti di commercio potranno essere ricevuti dal *secondo*, o da chi ne fa le veci, l' uno o l' altro unitamente al capitano, o patrone, od in difetto ai loro supplenti.

In tutti i casi questi testamenti debbono riceversi alla presenza di due testimoni maschi, e maggiori.

1.° Nei precedenti quattro articoli occupossi il Sovrano Legislatore dei testamenti fatti in luoghi infetti da peste o da altra malattia contagiosa: seguendo ora il sistema adottato dal codice civile francese *1 e da altre legislazioni, passa egli a provvedere intorno ai testamenti fatti *sul mare*.

Di questi testamenti i romani legislatori non ne avevano formato oggetto di particolari disposizioni legislative: il giureconsulto Ulpiano limitavasi a rispondere nella legge unica *De bonor. possess. ex testam. milit.*, § 1: « *In classibus omnes remiges et nautae milites sunt:.... et iure militari eos testari posse nulla dubitatio est.* ».

*1 Però con un ordine diverso, giacchè il detto codice si occupa dapprima dei testamenti militari, quindi dei testamenti fatti *tempore pestis*, e per ultimo di quelli fatti sul mare.

Ma questa decisione, unicamente relativa, come ognun vede, ai bastimenti dello Stato, destinati alle spedizioni militari, era inapplicabile alle *navi particolari del commercio*.

Allorchè, dopo la scoperta dell' America, la navigazione commerciale ricevette un così grande incremento, sentissi il bisogno di regolare sovra basi certe le sole formalità a cui adempiere si dovesse da coloro che si trovassero sul mare, e così tanto sovra bastimenti della marina dello Stato, come sovra quelli di commercio, qualora nel corso del viaggio marittimo, essi volessero disporre per atto d' ultima volontà delle loro sostanze.

In Francia gli articoli 1, 2 e 3, lib. 3, tit. 11 della reale Ordinanza del 1681 detta *della marina* provvedevano intorno a siffatti testamenti; ma il primo di detti articoli restringevasi a dichiarare validi i testamenti fatti nella forma *olografa* *1 sul mare da coloro che ivi morivano, e quelli che fossero ricevuti dallo scrivano del bastimento *in presenza di tre testimoni che sottoscrivessero col testatore*; prescrivendo che menzione dovesse farsi se quest' ultimo non sapesse o non potesse soscrivere; ed il secondo non permetteva di disporre in tal modo salvo che degli effetti che il testatore avesse sul bastimento e dei salari che gli fossero dovuti.

Una legislazione così imperfetta aveva bisogno di riforma: essa venne riformata ed ampliata negli articoli 988 e seguenti del codice civile francese, i quali servirono di base alle altre moderne legislazioni, non meno che alle regole per detti testamenti fatti sul mare, sancite dal nostro Sovrano Legislatore.

Presso di noi un regolamento per la marina mercantile era stato sancito dalla maestà del Re Vittorio Emanuele il 9 marzo 1816, ed in esso gli articoli 358, 359, 360 e 361 avevano stabilite le forme da osservarsi nei testamenti fatti a bordo dei bastimenti predetti.

Vedremo in progresso in quali parti siansi, colle prescrizioni nuovamente sancite, innovate o mantenute quelle di detto regolamento.

*1 I quali però, come ho rilevato altrove, erano riconosciuti in pressochè tutta l' antica Francia, ovunque fatti fossero.

Dirò altrove quale fosse il disposto dall' art. 3 della precitata Ordinanza del 1681.

Comincerò avvertire non essersi conservata la disposizione del secondo alinea di detto articolo 358 con cui si permetteva il far testamento *a voce* in presenza di quattro testimoni, ove non si trovasse a bordo persona che sapesse scrivere.

La disposizione contenuta in questo articolo è perfettamente conforme a quella del precitato articolo 988 del codice francese, giacchè il vocabolo di marina *secondo* equivale alla parola *écrit-vain*, usata in detto articolo, ed indicante un ufficiale impiegato sul bastimento, il quale tiene registro di ciò che esiste sul medesimo e che ivi si consuma.

Questo articolo fa una seconda variazione al disposto del precitato articolo 358, secondo il quale il testamento fatto sovra un bastimento della marina mercantile doveva soltanto essere ricevuto da uno degli ufficiali di bordo dello stesso bastimento.

2.° Noi abbiamo veduto quì sovra che, per i testamenti fatti in luoghi attaccati da peste od altra malattia contagiosa, ove è difficile il trovare testimoni, l'articolo 778 permette di farvi intervenire come tali anche le donne ed i minori, purchè maggiori d'anni sedici.

Egli è pressochè impossibile che in un bastimento anche di commercio, il quale intraprenda un viaggio marittimo, le persone che formano come si dice *l'equipaggio* non siano in numero assai maggiore di due di sesso maschile e di età maggiore.

Mentre l'articolo si appaga della presenza di due soli testimoni nei testamenti di cui si tratta, a vece dei quattro voluti dall'articolo 743 e dei tre, il cui intervento esigevasi dall'articolo 1.° della citata antica Ordinanza francese, onde togliere sulle *qualità necessarie in detti testimoni* ogni dubbio cui potesse dar luogo un argomento di parità desunto dal detto articolo 778, prescrive l'articolo presente che essi debbano essere maschi e maggiori, e supplisce in tal parte al silenzio tenuto, sia dall'articolo 988 del codice civile francese, sia dal quì sovra citato articolo 358 del regolamento 9 marzo 1816.

A più forte ragione dovranno questi testimoni avere le altre qualità contemplate nell'articolo 754.

Notà che questo articolo trovasi compreso fra quelli annoverati nell'articolo 802: donde ne deriva la conseguenza che sarebbe nullo un testamento fatto sul mare durante il viaggio se esso non fosse ricevuto dai *due ufficiali* nello stesso articolo nominati, come egualmente se non fosse ricevuto in presenza

di due testimoni, o se alcuno di essi non riunisse le qualità prescritte dal succitato articolo 754.

783. Sui bastimenti della Regia marina il testamento del capitano, quello del commissario di marina, e sui bastimenti di commercio il testamento del capitano, del patrone, e quello del *secondo*, potranno essere ricevuti da quelli, che loro succedono in ordine di servizio, uniformandosi nel resto alle disposizioni del precedente articolo.

Anche questo articolo è totalmente conforme all' articolo 989 del Codice civile francese colla versione del vocabolo *écrivain* accennata nella nota prima all' articolo precedente, e colla sostituzione, tanto in quest' ultimo come in detto presente articolo delle parole *commissario di marina* a quelle usate dal detto codice dicenti: *officier d'administration*.

L' articolo non fa che prevedere il caso in cui trattisi dei testamenti, sui bastimenti della Regia marina, del capitano e del commissario, e sovra quelli di commercio del capitano o del patrone o del *secondo*, e permette che in questi casi il testamento sia ricevuto da quelli che loro succedono in ordine di servizio; ma vuole che essi *nel resto* si uniformino alle disposizioni del precedente articolo.

Questi vocaboli *nel resto* essendo applicabili a tutte le disposizioni promenzionate conciliabili col caso in questo articolo menzionato, ne segue che, se trattisi per esempio in un bastimento della Regia marina, del testamento del capitano, esso può bensì essere ricevuto da quello che gli succede in ordine di servizio, ma *unitamente col commissario e viceversa*.

E la stessa *riunione* di due dei nominati ufficiali o loro supplenti sarebbe necessaria per la validità del testamento fatto sopra un bastimento di commercio dal capitano, dal patrone o dal *secondo*, e ciò oltre quanto prescrive sul numero e sulla qualità dei testimoni il detto precedente articolo, egualmente compreso nell' articolo 802.

784. In tutti i casi si farà un doppio originale dei testamenti indicati nei due precedenti articoli.

Quando un testamento pubblico è ricevuto da un notaio, l'inserzione di esso nel minutarlo di quell'uffiziale, e le leggi sul notariato e sull'insinuazione ne assicurano la conservazione a tutela dei diritti derivanti dalle disposizioni che esso racchiude.

Ma quando la forza delle circostanze esige che la legge permetta di ricevere siffatti testamenti a persone le quali, tuttochè esercenti certe funzioni (e massimamente allorquando non sono queste conferite che da privati) non ritengono minutarli in cui possano inserirsi e conservarsi quei particolari testamenti, e non hanno qualità per spedirne copie autentiche, il legislatore ha dovuto provvedere per la conservazione degli originali loro, ed acciò, tantosto che ciò sia possibile, vengano questi depositati in un pubblico ufficio il di cui titolare sia autorizzato a spedirne le copie premenzionate.

A questo scopo è diretta, pei testamenti fatti in luoghi ove tutte le comunicazioni furono interrotte a cagione di peste, o di altra malattia contagiosa, la disposizione dell'articolo 779.

Ma i testamenti di questa specie non vanno soggetti a quelle vicissitudini che sono inseparabili da un viaggio marittimo, e che possono cagionare lo smarrimento di un atto ricevuto sopra un bastimento da persone private o da persone rivestite bensì dal governo di funzioni pubbliche, ma di loro natura estranee all'oggetto discorso.

Portarono perciò i legislatori la più grande sollecitudine nel sanzionare disposizioni che meglio ne guarentiscano la conservazione (come si vedrà anche in appresso), e fra queste figura la prima quella contenuta nel presente articolo, in cui si prescrive la formazione di due originali dei testamenti fatti sul mare ed indicati nei due precedenti articoli.

Ma siccome questa disposizione è unicamente diretta, come sopra, alla conservazione del testamento, opportunamente rileva il sig. Vazeille *1 che esso non sarebbe nullo per ciò solo che se ne fosse fatto *un solo originale*.

*1 Tom. 2, pag. 526, nota unica sull'art. 990 del codice francese, a cui il nostro articolo è conforme.

L'esattezza di questa proposizione potrebbe andare soggetta a qualche dubbio a fronte dei termini con cui è concepito l'articolo 1001 del Codice civile francese dicenti: « *Le formalità* » a cui i diversi testamenti sono assoggettati dalle *disposizioni* « delle presente sezione *1 e della precedente, debbono essere « osservate a pena di nullità ».

Giacchè può rinvocarsi in dubbio se l'obbligo dalla legge imposto di fare per doppio originale certi atti non debba considerarsi come una formalità degli atti medesimi; ottimo consiglio fu perciò quello del Sovrano Legislatore nostro di non limitarsi nell'articolo 802 ad una generale indicazione delle formalità prescritte pei testamenti dalla sezione presente e da quella che la precede, ma di fare una *singolare* numerazione di tutti gli articoli a cui intendeva di applicare la sanzione irritante in detto articolo pronunziata.

E siccome in esso non vedesi compreso l'articolo presente, il dubbio a cui potrebbe dar luogo il precitato articolo 1001 del Codice civile francese, trovasi presso di noi risolto.

785. Il testamento fatto a bordo dei bastimenti così della Regia marina, come di commercio, dovrà essere sottoscritto dal testatore, dalle persone che lo avranno ricevuto, e da due testimoni.

Qualora il testatore non sappia o non possa sottoscrivere, dovrà sottosegnarlo, e non potendolo, verrà fatta menzione nel testamento del motivo che avrà impedito la sua sottoscrizione, e segno; e nel caso in cui i testimoni non sapessero scrivere, vi apporranno parimenti il loro segno, e tale circostanza verrà pure espressa nel testamento.

1.° Nella nota 5.ª all'articolo 778 ho avvertito come i legislatori francesi abbiano stanziato nell'articolo 998 di que Co-

1° La stessa che quella da me ora commentata, intitolata egualmente *Regole particolari sulla forma di alcuni testamenti*.

dice sulle sottoscrizioni dei testatori, dei testimoni e di coloro che ricevono i testamenti contemplati in questa sezione, disposizioni applicabili alle tre specie dei testamenti predetti, e come per contro nel nostro Codice siffatte prescrizioni siano state stabilite *per ciascuna delle specie* premenzionate.

Il raffronto di detto articolo 778 col presente dimostra il fondato motivo di questo differente sistema.

Quanto ai testamenti fatti in tempo di peste od altra malattia contagiosa, per cui siano interrotte tutte le comunicazioni, possono presentarsi circostanze tali che rendano scusabile il difetto di sottoscrizione o sottosegno del testatore o dei testimoni, quand' anche essi sapessero scrivere. Il detto articolo 778 non esige perciò, per la validità di quei testamenti, le sottoscrizioni o sottosegni premenzionati, salvo quando *le circostanze lo permettano*.

Ma se nei testamenti fatti *sul mare* può avvenire che il testatore non possa nemmeno sottosegnare, ed il difetto di tale sottosegno non dee ostare alla validità del testamento, tuttavia che si faccia menzione in esso della causa impeditiva, lo stesso non potrebbe dirsi rispetto al segno, quanto meno *dei testimoni* in detto testamento intervenuti. Possono questi essere illetterati ed incapaci di sottoscriverlo, ma in questo caso saranno bensì essi dispensati da tale sottoscrizione, non dall' *apposizione del loro segno* voluta egualmente dal regolamento citato nelle note precedenti, la quale si esige come di rigore dall' articolo in un colla menzione di *tale circostanza*, vale a dire del motivo della non fatta sottoscrizione; e ciò a pena di nullità del testamento medesimo, trovandosi il presente articolo compreso fra quelli annoverati nell' articolo 802.

2.° Quella facilità però che l' articolo concede rispetto alla sottoscrizione *del testatore, e dei testimoni*, non la estende a quella *delle persone che hanno ricevuto il testamento*.

E di fatti nella prima parte di detto presente articolo si comincia stabilire la regola generale che « il testamento fatto a « bordo dei bastimenti così della Regia marina, come di com-
« mercio, dovrà essere sottoscritto dal testatore, dalle persone
« che l' avranno ricevuto, e da due testimoni ».

E nella seconda parte si fa bensì eccezione a questa regola rispetto alla sottoscrizione del testatore e dei testimoni, ma

nessuna se ne ammette per la sottoscrizione di quelli che hanno ricevuto il testamento.

Nei bastimenti della Regia marina non succederà giammai che il comandante od il commissario, e forse neanche che quelli che loro succedono nell'ordine di servizio, siano *illetterati* o non sappiano scrivere. Ma ciò può avvenire nei bastimenti di commercio, soprattutto quando i testamenti del capitano o del patrone, o del *secondo* debbano essere ricevuti da quelli che loro succedono come sovra. Ne seguirà egli da ciò che non potendo siffatti testamenti essere sottoscritti da *ambidue* le persone che devono riceverli, alla sottoscrizione di *una di esse* non possa supplirsi *col di lei segno*, e che conseguentemente non possa in siffatte circostanze aver luogo un valido testamento?

Io non revoco in dubbio che questa controversia siasi presentata alla mente dei compilatori del nostro Codice, e che siasi esaminato il punto, se nel caso una delle due persone che devono ricevere il testamento fatto sul mare, non sapesse scrivere, dovesse o non bastare la sottoscrizione dell'altra.

Ma siccome appunto nelle circostanze che si propongono può avvenire che i due testimoni siano *illetterati*, permettere che tutta la fede di un atto così importante quale si è il testamento, riposasse in sostanza sovra una sola persona, quella cioè che lo avrebbe scritto, ed anche di una persona alcune volte non rivestita di pubblico carattere, sarebbe dare una troppo grande ampiezza al favore con cui si riguardano le disposizioni testamentarie di cui trattasi, ed esporle a troppo grave pericolo di frodi e supposizioni.

Io tengo ferma opinione che queste considerazioni siano quelle che determinarono il Sovrano Legislatore nostro a mantenere per la validità di detti testamenti la necessità della loro sottoscrizione di *ambe le persone* che li riceveranno, sancita nel precitato articolo 998 del Codice civile francese.

786. Ne' testamenti anzidetti non si può disporre a favore di alcuna persona dell'equipaggio, quando però non sia stretta al testatore con vincolo di parentela, o d'affinità.

1.° L'articolo 997 del Codice civile francese dice soltanto :
« Il testamento fatto sul mare non potrà contenere disposizione
« alcuna a favore degli *uffiziali del bastimento*, se non sono
« *parenti del testatore* ».

Il nostro articolo, inseguendo ciò che già erasi stabilito nel
precitato articolo 558 del Regolamento del 1816, comprende
nella eccezione alla regola generale d'incapacità *gli affini* come
i parenti del testatore.

Se diffatti nello stabilire una tale incapacità, si è voluto evi-
tare l'impero e la sorpresa che gli uffiziali del bastimento po-
trebbero esercire sul testatore, se l'affezione che quest'ultimo
può nutrire per le persone che gli sono avvinte coi legami della
parentela, fa cessare la suspicione di detti impero o sorpresa,
non vi è motivo per cui ciò non abbia egualmente luogo nel
caso di semplice affinità.

2.° Il motivo additato nella nota precedente dell'incapacità
di ricevere per testamento nell'articolo sancita, non è però il
solo che sia stato dal Sovrano Legislatore contemplato, giacchè
siffatto motivo militerebbe unicamente per gli *uffiziali del ba-
stimento* nominati nel precitato articolo 997 del Codice civile
francese, e non pei *marinari*, i quali non esercitano alcuna
autorità sul bastimento.

Essendosi tuttavia nel presente articolo, come nel più volte
citato articolo 558 del citato regolamento, estesa l'incapacità
di che si tratta a *qualunque persona dell'equipaggio*, noi dob-
biamo credere, ed io son persuaso che il motivo di tale esten-
sione abbia consistito nell'idea di allontanare dai marinari pre-
detti qualunque incentivo di cospirare contro la vita del testa-
tore che è posta in loro mani.

3.° Il sig. Duranton *1 traendo argomento dacchè l'articolo
997 del Codice civile francese dispone non poter figurare come
testimoni in un testamento pubblico i *legatari* *2, crede che
se un testamento fatto sul mare contenesse disposizioni a favore
degli uffiziali del bastimento, *esso sarebbe nullo*.

Il sig. Vazeille *3 crede per contro, e con ragione, a mio

*1 Tom. 5, pag. 64, n. 168.

*2 Giunto l'articolo 1001 di detto codice, a cui corrisponde il nostro ar-
ticolo 802.

*3 Tom. 2, art. 997.

avviso, che *sussisterebbero le altre disposizioni fatte nel testamento*. E di fatti il precitato articolo 997 di detto Codice non dice già, come l'articolo 975, che gli ufficiali del bastimento *non potranno essere testimoni*, ma unicamente che *il testamento non potrà contenere disposizioni a loro favore*, proibizione la quale vizia soltanto la disposizione che la infrange, ma non le altre a favore di persone capaci.

La verità della proposizione sostenuta dal sig. Vazeille andrebbe tanto meno soggetta a difficoltà presso di noi, dacchè il disposto dal precitato articolo 975 del Codice francese, non venne dal Sovrano Legislatore nostro adottato, come rilevai nella nota 5.^a all'articolo 749, e nella nota 5.^a all'articolo 754, e gli venne sostituita la prescrizione contenuta nell'articolo 800 simile a quella che racchiude l'articolo presente.

4.^o Ma se il testamento fatto sul mare contenesse qualche disposizione a favore di *semplici passeggeri* non formanti parte dell'equipaggio, i quali *fossero testimoni* nel testamento predetto, o ne contenesse alcuna a favore di *parenti od affini* sino al secondo grado inclusivamente di detti passeggeri testimoni, siffatta disposizione potrebbe essa sortire il suo effetto?

La di lei inefficacia non potrebbe, a mio avviso, formare oggetto di seria dubbietà.

Non sarebbe qui il caso di invocare la regola *quod voluit* (il Legislatore) *expressit*, nè di invocare l'articolo 791, il quale parla soltanto dei testamenti fatti dai *passeggeri* e non di quelli fatti *a loro favore*.

La sezione V, ove trovasi stanziato l'articolo 800 che dichiara di nessun effetto le istituzioni od i legati fatti a favore di uno dei testimoni intervenuti al testamento, » dei loro parenti od affini sino al secondo grado inclusivamente, portando per titolo *Disposizioni comuni alle varie specie di testamenti*, non vi è dubbio che essa si estenda ai testamenti in questo e nei precedenti articoli contemplati.

787. I testamenti fatti durante il viaggio saranno conservati fra le carte più importanti di bordo, e sarà fatta menzione di essi sul giornale di bordo, e sul ruolo di equipaggio.

La prescrizione sancita in questo articolo, diretta allo stesso scopo di quella contemplata nell' articolo 784, ed aggiunta alle regole stabilite dal Codice civile francese, venne desunta dall' articolo 359 del citato regolamento del 9 marzo 1815.

788. Se il bastimento approda ad un porto straniero, in cui si trovi un Console, o Vice-Console Regio, coloro che avranno ricevuto il testamento saranno tenuti a consegnargli uno degli originali chiuso e sigillato, ed insieme copia dell' annotazione anzidetta fatta sul giornale e sul ruolo d' equipaggio.

Al ritorno del bastimento ne' Regii Stati, sia nel porto del disarmamento, sia in qualunque altro, i due originali del testamento egualmente chiusi e sigillati, o l' originale che resterebbe, nel caso che l' altro fosse stato depositato durante il viaggio, saranno consegnati all' Autorità marittima locale insieme colla copia della nota anzidetta del giornale.

Della consegna ordinata nel presente articolo sarà rilasciata dichiarazione a chi l' avrà fatta, il quale dovrà farne menzione sugli anzidetti giornale e ruolo in margine della annotazione.

1.º Anche allo stesso fine di meglio assicurare la conservazione del testamento fatto sul mare e la trasmissione di esso alle autorità infra nominate, e quindi all' uffizio d' insinuazione, ove tutto porta a credere che gli interessati siano per rivolgersi onde averne contezza, tende il disposto da questo articolo, aggiunto al più volte citato regolamento, e desunto dall' art. 991 del Codice civile francese.

Quest' ultimo articolo dispone inoltre che il Console a cui è rimesso uno degli originali testamenti, debba farlo pervenire al Ministro della marina, il quale ne farà fare il deposito alla segreteria della giustizia di pace del domicilio del testatore.

Noi vedremo nel seguente articolo in qual modo il Legislatore nostro Sovrano abbia provveduto alla trasmissione ed al deposito premenzionato.

Vuole l'articolo che uno degli originali del testamento sia consegnato al Console o Vice Console regio del porto ove approda il bastimento, *chiuso e sigillato*, da coloro che lo hanno ricevuto, ed insieme una copia dell'annotazione che sarà stata fatta sul giornale di bordo e sul ruolo di equipaggio a termini dell'articolo precedente.

Il sigillamento premenzionato è una precauzione onde evitare che siano intempestivamente conosciute le disposizioni fatte dal testatore, e l'unione al testamento della copia degli articoli del giornale e del ruolo di equipaggio, pure prescritta dal succitato articolo 359 del regolamento del 1816, è necessaria sia a giustificazione dell'esatto adempimento del disposto dal detto articolo precedente, sia all'oggetto di far nota la persona che ha fatto il testamento sigillato.

La prescritta rimessione poi di detto testamento e copia degli articoli al Console o Vice-Console in un porto *straniero*, ove il bastimento approdi, giunta alla trasmissione loro voluta dal seguente articolo, ha per oggetto di assicurare l'esecuzione delle testamentarie disposizioni nel caso che il bastimento, ripigliato il suo corso, venisse a perdersi, ovvero che, per accidentegli avarie, si smarrisse il testamento premenzionato.

2.º Dopo di avere nella prima parte di questo articolo il Legislatore previsto il caso in cui il bastimento *approda ad un porto straniero*, passa egli a prescrivere ciò che debba eseguirsi quando il bastimento *ritorna nei Regi Stati*, sia nel porto del disarmamento sia in qualunque altro.

Allora vuole la seconda parte dell'articolo che i due originali del testamento, se nessun deposito di uno di essi venne fatto in qualche porto straniero, ed in caso di effettuato deposito, l'originale che rimane a bordo, siano da coloro che li hanno ricevuto il testamento consegnati all'autorità marittima locale, e così al Console o Vice-Console, od al commesso che esercitano le loro funzioni nel porto o nella rada ove il bastimento approda, e che ai predetti originali od originale si unisca parimente copia degli articoli del giornale e del ruolo d'equipaggio più volte accennati.

789. I Consoli, o Vice-Consoli, e le Autorità marittime locali distenderanno un processo verbale della consegna del testamento, e trasmetteranno ogni cosa al Capo dell'Ammiragliato, il quale ordinerà il deposito nell'archivio di uno dei due originali, e farà pervenire l'altro all'ufficio d'insinuazione del luogo del domicilio del testatore, se è conosciuto, e non essendolo, a quello di Torino.

Passa ora in questo articolo il Legislatore a tracciare i doveri così dei Consoli o Vice-Consoli Regii *nei porti stranieri*, quando ad essi sia stato rimesso uno degli originali del testamento fatto sul mare, come delle autorità marittime *locali*, ossia dei Consoli, Vice-Consoli o commessi nei porti o nelle rade dei Regi Stati ove ritorna il bastimento; ed egli prescrive tanto agli uni come agli altri di distendere un processo verbale della consegna del testamento, e di trasmettere ogni cosa al Capo dell'ammiragliato stabilito in Genova coll'articolo 4.^o del regolamento del 9 marzo 1816.

I vocaboli *ogni cosa* mi sembrano comprendere non solo il testamento e la copia degli articoli del giornale e del ruolo di equipaggio, ma altresì una copia del processo verbale di consegna, la cui trasmissione è necessaria onde il Capo dell'ammiragliato possa riconoscere se dalle autorità marittime locali siasi adempiuto all'obbligo loro imposto dall'articolo precedente.

Il Capo dell'ammiragliato che riceve i due originali del testamento, sia che essi siano stati ambidue rimessi all'autorità marittima locale al ritorno del bastimento nei Regii Stati, sia che uno degli originali stessì siagli stato trasmesso dai Consoli o Vice-Consoli nei porti ove il bastimento abbia approdato a termini dell'articolo precedente, ordina il *deposito nell'archivio* di uno degli originali preaccennati.

Egli fa quindi pervenire *l'altro originale* all'ufficio d'insinuazione del luogo del domicilio del testatore, se questo luogo è conosciuto (ciò che succederà pressochè sempre osservandosi il disposto dal precitato regolamento, e pei passeggeri il prescritto dall'art. 168 di esso), e non essendo conosciuto il luogo

del domicilio del testatore, il secondo originale si farà pervenire all'ufficio d'insinuazione di *Torino*.

L'ufficio d'insinuazione della città capitale venne preferito a quello esistente nella città di Genova ove risiede l'ammiraglio, perchè, esistendovi di già un originale del testamento nell'archivio di detto ammiraglio sedente nella preaccennata metropoli del territorio marittimo, il deposito di uno degli originali nell'ufficio d'insinuazione della capitale predetta faciliti alle persone interessate le opportune indagini onde avere notizia delle disposizioni testamentarie che possano essere state fatte dall'individuo che morì sul mare, o che era imbarcato sopra un bastimento che fece naufragio.

790. Il testamento fatto sul mare non avrà effetto, se non quando il testatore morirà sul mare, o nei tre mesi dopo che sarà disceso in terra, ed in un luogo in cui avrebbe potuto nuovamente fare testamento nelle forme ordinarie.

1.º Nella nota all'articolo 781 ho spiegato il motivo per cui la legge limita ad un certo determinato tempo l'efficacia dei testamenti meno solenni autorizzati dalle disposizioni contenute in questa sezione: non ho perciò che a rimandare il lettore alle osservazioni da me fatte in detta nota.

Questo termine il quale, in detto art. 781, pei testamenti di cui in esso, e nell'art. 796 pei testamenti dei militari, è fissato a mesi sei, viene in questo articolo ristretto a tre in conformità di quanto già stabiliva l'articolo 360 del regolamento per la marina, e di quanto dispone l'art. 996 del codice civile francese.

« Il testamento fatto sul mare (dice l'articolo) non avrà effetto se non quando il testatore morirà sul mare, o nei *tre mesi* dopo che sarà disceso in terra, *in un luogo in cui avrebbe potuto nuovamente fare testamento nelle forme ordinarie.* »

Non esige adunque l'articolo per l'inefficacia del testamento fatto sul mare che il testatore abbia sopravvissuto tre mesi *al suo ritorno ne' Regii Stati*: basta che la di lui vita siasi pro-

lungata oltre il detto termine dal di lui *disbarco anche in un porto straniero* a mente dell' art. 788, sia che nel luogo di tale *disbarco* esistano o non esistano Consoli o Vice Consoli Regii, tuttavolta che nello stesso luogo egli potesse testare nelle forme ordinarie stabilite, così dalle patrie leggi nanti i predetti Consoli o Vice Consoli, come dalle leggi di quello Stato nanti un notaio od altro ufficiale pubblico competente.

E ciò perchè gli articoli 797 e 798 dichiarano che siffatti testamenti avranno il loro effetto nei Regii Stati.

2.° Il codice civile francese, oltre la disposizione contenuta nel citato articolo 996 a cui è il nostro conforme, un'altra ne contiene nell' art. 994, secondo cui: « Il testamento non è riputato fatto in mare, quantunque sia stato fatto nel corso di un viaggio, se al tempo in cui fu fatto, il bastimento aveva approdato ad una terra, sia straniera che della dominazione francese, ove esistesse un ufficiale pubblico francese: in qual caso esso non è valido se non sia esteso secondo le forme prescritte in Francia, ovvero secondo quelle in uso nel paese ove esso venne fatto. »

Siffatta disposizione non essendo stata adottata nel nostro Codice ne seguirà forse che il testamento menzionato nel predetto art. del codice francese abbia il suo effetto tuttavolta che il testatore, non avendo soggiornato più di tre mesi nel luogo ove il bastimento aveva approdato, dopo di essersi nuovamente imbarcato, egli muoia in mare, o nei mesi tre contemplati in questo articolo? Io opinerei non potersi egualmente siffatto testamento dirsi fatto *sul mare*.

3.° Può accadere che colui il quale aveva testato in mare, discenda in terra ed in un luogo in cui egli potrebbe far testamento nelle forme ordinarie, ma pressato a ripartirsene tosto, non abbia il tempo e l'agio di ciò fare, ed imbarcandosi nuovamente, venga poi a morte *nei tre mesi dalla sua discesa in terra*, siffatto testamento sarà desso valido ed efficace?

Il sig. Duranton *1 risolve questa controversia in senso affermativo, ed io non revoco in dubbio che in pari senso sia stata estesa la disposizione in questo articolo sancita; ed anzi porto opinione che per render valido il testamento fatto sul mare da chi morì sul mare o nei tre mesi dopo lo sbarco in questo ar-

*1 Tom. 5, pag. 64, n. 169.

ticolo contemplato, non sia nemmeno necessaria la decorrenza di questo termine dalla sua discesa in terra, bastando che egli non vi abbia soggiornato durante tale intervallo.

Così che, quand' anche il testatore, durante il viaggio, avesse più volte approdato e fosse disceso in luoghi ove egli poteva testare nella forma ordinaria, sia valido il testamento tuttavolta che in nessuno di essi luoghi egli vi abbia soggiornato tre mesi continui, quand' anche gl' intervalli dei soggiorni successivi, riuniti assieme, ascendessero a maggior tempo di detti tre mesi.

791. Le disposizioni contenute nei precedenti articoli sono comuni ai testamenti fatti dai semplici passeggeri, che non formano parte dell' equipaggio.

La disposizione ampliativa di questo articolo, già contenuta nell' art. 557 del regolamento 9 marzo 1816, è conforme al disposto nell' art. 995 del codice francese.

I motivi da me accennati che spinsero il Legislatore a permettere a coloro che viaggiano sul mare di far testamento in una forma meno solenne, militando egualmente pei semplici passeggeri, come per coloro che formano parte dell' equipaggio, agli uni ed agli altri questa facoltà doveva essere concessa.

792. I testamenti dei militari e delle persone impiegate presso l' esercito potranno dovunque essere ricevuti da un maggiore, o da qualunque altro ufficiale di grado superiore, o da un uditore di guerra destinato al seguito dell' esercito, o da un commissario di guerra, in presenza di due testimoni aventi le qualità prescritte nell' art. 778; il testamento sarà ridotto in iscritto, e si osserverà quanto alle sottoscrizioni il disposto dall' articolo 785.

Trattandosi di corpi, o posti staccati dall' esercito, il testamento potrà pure essere ricevuto dal capitano od altro ufficiale subalterno che ne abbia il comando.

1.° Nella nota prima, all' art. 778 mi occorre di fare incidentalmente menzione di quei testamenti militari che nei primi tempi della repubblica romana, ed anche prima delle leggi delle dodici tavole erano permessi ai cittadini che *partivano* per la difesa della patria, che perciò chiamavansi testamenti *in procinctu*, e dei quali parla Cicerone come di testamenti ai suoi tempi già andati in disuso.

Da siffatti testamenti differenziano quelli che ai militari furono permessi dagli imperatori, e dei quali è fatto cenno nei titoli del codice e del digesto intitolati *De testamento militis*.

Fra le varie leggi sulla materia contenute *1 nei titoli precitati, meritano particolare menzione la prima del digesto in cui il giureconsulto Ulpiano narra che il primo imperatore il quale sancì il privilegio del testamento militare fu Giulio Cesare, che questo privilegio venne confermato dai divi Tizio, Domiziano, Nerva e Trajano.

In detta legge il prelodato giureconsulto riferisce i termini della costituzione di quest' ultimo imperatore, così concepiti: « *Secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendum existimavi, ut quoquo modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta quomodo volent, faciant quomodo poterint, sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris* ».

E merita pure singolare menzione la costituzione dell' imperatore Costantino nella legge 15 del codice al titolo precitato, ove egli così statuiva: « *Proinde..... si quid in vagina aut clypeo literis sanguine suo rutilantibus annotaverint, aut in pulvere inscripserint gladio suo, ipso tempore quo in praelio vitae sortem derelinquunt, huiusmodi voluntatem stabilem esse oportet* ».

Queste cose, come semplice notizia storico-legale, premesse, non soffermerommi in ulteriori indagini sulle leggi romane concernenti il privilegio di che si tratta, riservandomi di far cenno di quelle, le cui disposizioni furono o seguite, o variate dalle successive legislazioni e dalla assentata giurisprudenza, non meno che dalle regole sulla materia sancite in questo e nei quattro seguenti articoli.

*1 Mantenate e confermate dall' Imperatore Giustiniano nelle sue Istituzioni al titolo *De militari testamento*.

Non dirò neppure come i *privilegi* conceduti ai militari intorno alle loro disposizioni d'ultima volontà, non riflettessero soltanto la *forma di testare*, ma si estendessero parimente all'*intrinseco* di tali disposizioni, e così alla capacità o non degli eredi instituiti, alla facoltà di disporre di *una parte* soltanto delle loro sostanze, e così di morire *partim testatus et partim intestatus**1, a quella di assorbire con legati più dei tre quarti della loro eredità senza che potesse l'erede pretendere la quarta detta *falcidia* ed altri simili privilegi.

Dirò soltanto che il motivo del privilegio concernente la forma di testare, additato dall'imperatore Traiano in quella sua costituzione, e consistente nell'*imperizia* dei militi, veniva dall'imperatore Giustiniano ripetuto nelle sue *Instituzioni* al titolo *De militari testamento*.

E credo opportuno il ritenere i termini della ivi da lui riferita costituzione del prelodato imperatore Traiano, così concepiti: « Caeterum si (ut plerumque sermonibus fieri solet) dixit miles alicui, ego te heredem facio, aut bona mea tibi. re-
« linquo non oportet haec pro testamento observari. Nam ullorum magis interest quam ipsorum quibus id privilegium datum est eiusmodi exemplum non admitti. Alioqui non difficulter post
« mortem alicuius militis testes existerent qui adfirmarent se au-
« disse dicentem aliquem relinquere se bona cui visum sit, et
« per hoc vera iudicia subverterentur ».

Le leggi romane essendo state presso di noi ricevute, non fa meraviglia che le principali loro disposizioni sul testamento militare siano state rinnovate dal duca Emanuele Filiberto in un editto ove noi leggiamo, come nella preriferita Costituzione dell'imperatore Costantino, « Varrà il testamento fatto nel conflitto
« della battaglia come che sia che lo abbia scritto, o sopra lo
« scudo, o in terra, o sopra il fodero, provandosi però la scrit-
« tura esser fatta da lui » nel quale editto, stato quindi confermato dal duca Carlo Emanuele I con altro stato interinato dal senato ducale il 22 giugno 1595 *2 statuivasi parimente essere valido il testamento del milite, tuttavolta che della verità di esso risultasse per detto di *due testimonii*.

*1 Ciò che diede luogo al noio principio, secondo cui « nemo paganus de-
« cedere potest partim testatus et partim intestatus », sapendosi che *pagani*
si chiamavano coloro che non erano iscritti alla milizia.

*2 Riferito dal Borelli, pag. 765.

Pubblicatesi tuttavia successivamente le Regie Costituzioni degli anni 1723, 1729 e 1770 *1 portanti non riceversi i testamenti se non in presenza di sette testimoni, ed essere sottoposti all'insinuazione tutti gli instrumenti, e doversi fare per instrumento tutte le disposizioni di ultima volontà, insorgeva il dubbio se siffatte disposizioni sancite dal primo Re Vittorio Amedeo II derogassero al diritto romano ed alle prenarrate leggi de' suoi predecessori sul privilegio del testamento militare.

E sebbene il Senato di Piemonte colla sentenza da lui proferta il 14 aprile 1736 a relazione del senatore Dani *2 dichiarasse valido il testamento fatto per *privata scrittura* del 19 agosto 1735 dal Carlo Ambrogio Farinello soldato nel reggimento della marina, infermo nel regio spedale di San Pietro in Cremona, veggvasi che il duca di Canalunga Teodoro Falletti aveva creduto opportuno di ottenere da S. M. Regie Patenti del 15 gennaio 1745 di convalidazione del testamento fatto per privata scrittura 22 giugno 1742 dal cavaliere Giacinto Falletti luogotenente colonnello nel reggimento d'Aosta, stato ucciso nella primavera del 1744, nel conflitto di Villafranca *3.

E simile sovrano diploma ottenevasi il 25 agosto 1752 dalla Maria Colomb moglie Fantin di *St-Pierre*, di convalidazione del testamento privato e *militare* fatto il 30 marzo 1747 da Giuseppe Colomb soldato nel reggimento di Savoia infanteria, infermo nell'ospedale del detto luogo di Villafranca *4.

L'ultima guerra colla in allora repubblica francese del 1792, faceva rinascere la quistione qui sovra accennata.

Pietro Antonio Serafini, sottotenente nel reggimento di Vercelli, trovandosi nel 1793 nel forte di Saorgio, con una lettera del 13 aprile di detto anno indiritta alla Gioanna Troselli-Ranghini di Vercelli, scrivevale, fra le altre cose, quanto infra: « lasciando a voi, unitamente a tutto il restante di mia piccola eredità padrona assoluta tale essendo la mia mente ».

I fratelli di detto testatore Carlo, Giovanni Nepomuceno e Gioachino, appellando da un'ordinanza proferta dal prefetto

*1 Costit. del 1723, lib. 5, tit. 22, cap. 5, § 1, cap. 7, § 7, lib. 5, tit. 22, cap. 4, § 1, e cap. 6, § 1 di quelle del 1729, 1770.

*2 Riferita nella Prat. Leg., part. 2, tom. 4, pag. 58.

*3 Riferite ivi, pag. 60 e 61.

*4 Riferito alla detta pag. 61.

di Vercelli nella loro causa contro l'erede prenominata, sostenevano nanti il Senato di Torino la nullità di quella testamentaria disposizione, fatta per *semplice lettera*, invocando il disposto dalle precitate RR. CC. con cui dicevano essere stati abrogati, ed il diritto romano, e le anteriori pure prenarrate sovrane provvidenze.

Ma il Magistrato Supremo, unite d'ufficio le classi, colla sentenza da lui profferta il 17 maggio 1794 a relazione del senatore Ambrosio di Chialamberto, dichiarava valida la disposizione di ultima volontà summenzionata e mandava conseguentemente eseguirsi l'ordinanza del prefetto di Vercelli del 22 agosto 1793.

Ed acciò « in re caeteroquin tam gravi, jure gentium undique recepta, ac patriis legibus semel atque iterum confirmata » nullus in posterum supersit dubitationi locus » il Senato, di detta sentenza una voce profferta, mandava d'ufficio farsi di pubblica ragione i motivi *1.

Nell'antico regno di Francia di cui, come ho osservato più volte, alcune provincie o giurisdizioni parlamentari erano rette dal diritto romano, ed altre dal diritto consuetudinario, nelle prime mantenevasi il privilegio del testamento militare, e nelle seconde, ove era riconosciuto il testamento olografo per privata scrittura, il privilegio predetto riducevasi pressochè al testamento orale.

Dopo l'Ordinanza detta di *Moulins* non si permettevano più i testamenti orali predetti quanto meno nella giurisdizione del Parlamento di Parigi, e tale fu la legislazione di quello Stato sulla materia sino alla celebre Ordinanza del 1735.

Se si pon mente al motivo per cui le leggi di tutte le colte nazioni stabilirono maggiori formalità pei testamenti, quello cioè di ovviare alle frodi e supposizioni con cui, come osservava l'Imperatore Trajano nella preriferita sua Costituzione, *vera judicia subvertuntur*, savio si appalesa il riflesso ivi fatto dal prelodato imperatore che una eccessiva esenzione dalle formalità predette conceduta ai testamenti dei militi, possa ridondare a nocumento anzi che a vantaggio dei medesimi.

Qualunque perciò sia stata la vera ragione del privilegio del testamento dei militi, o quello additatoci dallo stesso impera-

*1 Essi sono riferiti dal signor Avvocato Duboin nella sua Raccolta di decisioni, serie dei testamenti, tom. 4, pag. 350 e seguenti.

tore e da Giustiniano, della loro *imperizia*, o quello che ci accenna Cassiodoro, che cioè nelle militari spedizioni *mens devota praeliis non debet aliis cogitationibus occupari* *1 sovra più sani principii venne dal francese legislatore fondato il favore che meritano i discorsi testamenti che non sovra un vero personale privilegio.

Nei campi, nei presidii e negli ospedali o così dette *ambulances* non è facile lo avere *notai* che ricevano i testamenti dei militi, come neppure, nelle nascenti urgenze, un certo numero di testimonii fra persone occupate di un militare servizio, che tutta esige la loro sollecitudine.

Onde ammettere perciò i militari in ispedizione a partecipare di quel prezioso diritto di disporre, per atto d'ultima volontà, delle loro sostanze, conveniva permettere loro di testare avanti le autorità o gli impiegati superiori militari, e facilitare rispetto al numero di testimonii a ciò necessari; ma in questi limiti doveva restringersi, anche nell'interesse come sovra dei militi stessi, l'esenzione dalle forme ordinarie di cui goder dovessero le testamentarie loro disposizioni.

Tale fu lo spirito con cui vennero sancite le prescrizioni contenute negli articoli 27 a 32 della ripetuta Ordinanza sulle donazioni e sui testamenti del 1735, le quali, come osserva il presidente Malleville, vennero pressochè copiate negli articoli 981, 982, 983 e 984 del codice civile francese, dai quali vennero desunte le regole pei testamenti dei militari, stabilite in questo e nel seguente articolo, e negli articoli 795 e 796.

2.º La forma di testare in detto presente articolo *permessa* ha luogo non solo pei militari, ma anche per le *persone impiegate presso l'esercito*.

L'articolo 31 della più volte citata Ordinanza annoverava fra tali persone i chirurghi ed i loro subalterni, i provveditori od impresarii pei viveri e foraggi, i domestici degli uffiziali ed altri.

Notinsi i vocaboli *presso l'esercito*: essi alludono ad una limitazione della facoltà conceduta con questo articolo, chiaramente espressa nell'articolo 795.

3.º I testamenti dei militari e delle persone impiegate presso l'esercito (dice l'articolo) « potranno essere ricevuti da un

*1 Motivo per cui, come vedremo in appresso, il così detto privilegio dei testamenti dei militi era, negli ultimi tempi del romano impero, ristretto a quelli che si facessero nelle *militari spedizioni*.

« maggiore o da qualunque altro ufficiale di grado superiore ,
 « o da un uditore di guerra *destinato al seguito dell' esercito*
 « o da un commissario di guerra ».

Il corrispondente articolo 981 del codice francese, assimilando i commissarii di guerra (in oggi dopo l'Ordinanza del 29 luglio 1817 rimpiazzati dai sottointendenti militari) ai notai di cui nell' articolo 972, dice potere il testamento di che si tratta essere ricevuto da due commissarii di guerra o da uno di questi commissarii assistito da due testimoni.

Il nostro Codice non avendo ammessa la distinzione relativa al numero di *pubblici uffiziali* che ricevono il testamento, comparativo col numero dei testimoni *1 la presenza di due di detti testimoni sarebbe necessaria, a pena di nullità del testamento (art. 802) quand'anche esso fosse ricevuto da due commissarii di guerra, da due maggiori od altre persone nell' articolo nominate.

4.° L' articolo 981 del codice civile francese, esigendo come il nostro, la presenza di due testimoni nei testamenti di cui si tratta; nulla stabilisce sulla qualità dei medesimi.

Un' istruzione del ministro della giustizia di Francia rammentava dovere i predetti testimoni essere *maschi e maggiori*, e per argomento di parità, desunto dall' articolo 975 di quel codice *2, diceva non dovere coloro che ricevono testamenti dei militari, ammettere come testimoni in essi i *loro commessi od impiegati subalterni*.

Il nostro articolo, riferendosi per le qualità dei testimoni all' art. 778, non esige in essi che la sanità di mente, e l' età maggiore d' anni sedici, permettendo il farvi figurare persone dell' uno e dell' altro sesso *3.

Quanto ai commessi od altri impiegati subalterni dei commissarii di guerra *4 l' argomento di *parità* tratto presso di noi dall' articolo 754, e di cui nella precitata istruzione ministeriale francese, potrebbe al certo avere qualche peso.

*1 Si raffronti il nostro articolo 745 col corrispondente articolo 971 del codice civile francese.

*2 La cui disposizione quanto al praticante del notaio venne adottata dall' alinea del nostro articolo 754.

*3 V. la nota 8 ed ultima al detto art. 778.

*4 Non parlo di maggiori od altri uffiziali di grado superiore pel motivo che accennerò ben tosto.

Tuttavia nel silenzio della legge, io non crederei potesse dichiararsi nullo un testamento *militare* *1 pel solo motivo qui sovra additato, massimamente perchè, se quella dipendenza del subalterno dall'uffiziale superiore potesse giustificare siffatta induzione di parità, ben difficilmente un maggiore potrebbe trovare testimonii di un testamento da lui ricevuto.

5.º La disposizione contenuta nella seconda parte dell'articolo, aggiunta al Codice Civile francese, prevede un caso in cui riescirebbe più difficile che il testamento fosse ricevuto da un maggiore.

Ma per far luogo alla medesima non è necessario che, nel luogo ove esiste un *corpo* o nel posto staccato dall'esercito, non vi esista alcun maggiore di un altro reggimento.

Lo prova il contemplarsi nell'articolo anche il caso in cui un *corpo* sia come sovra distaccato dall'esercito, e non lasciano in mio senso dubbietà in proposito i vocaboli « il testamento « potrà pure essere ricevuto dal capitano od altro uffiziale subalterno che ne (di quel posto) abbia il comando », espressioni queste che ci additano una missione *cumulativa e non esclusiva*.

6.º Ma ben più grave può presentarsi il dubbio sul punto se sarebbe in oggi valido un testamento *irregolare nella forma*, fatto da un individuo prima che egli venga ascritto alla milizia, od anche da un milite avanti che egli sia destinato alla spedizione militare contemplata nell'articolo 795, per ciò solo che in uno scritto fatto in conformità di questo articolo, egli a quel suo testamento *quaedam adiecit sive detraxit*.

L'imperatore Giustiniano nelle sue Istituzioni al titolo *De militari testamento* statuiva come segue: « dicendum est valere hoc « testamentum, quasi ex nova militis voluntate » a quale prescrizione erano conformi le sentenze dei giureconsulti Ulpiano e Marcello nelle leggi 9, § 1, 20, § 1, e 25 in princip. del dig. al titolo *De testam. militis*.

L'articolo finale del Codice statuisce in vero che cesseranno d'aver forza di legge le leggi romane, ma soltanto nelle materie che formano l'oggetto del codice stesso; e se questo si

*1 Mi prevalgo di questo vocabolo onde evitare la soverchia ripetizione delle parole *testamenti dei militari ed altre persone impiegate presso l'esercito*.

occupa del testamento militare, nulla esso statuisce intorno alla controversia qui sopra proposta.

Io propenderei a risolverla nel senso adottato dall'Imperatore e dai Giureconsulti romani.

7.º Finalmente quanto al modo di ricevere i testamenti militari, l'articolo si riferisce alle disposizioni sancite nell'articolo 785 a cui rimando il lettore, non meno che alle note fatte sul medesimo.

Nella nota quinta all'articolo 778 ho spiegato il diverso sistema adottato nel codice francese e nel nostro intorno alla classificazione delle regole sancite *sulle forme di ricevere i testamenti* in questa sezione contemplati.

Siffatto divario fa conoscere il motivo per cui il corrispondente articolo 881 non si occupa di tali formalità rispetto al testamento militare.

793. Potranno ancora, se il testatore è ammalato, o ferito, essere ricevuti dal cappellano, o dal chirurgo di servizio in presenza di due testimonii, e nel modo prescritto nell'articolo precedente.

1.º Nel sistema generale adottato dal legislatore francese di assimilare i testamenti ed altri atti ricevuti da due uffiziali aventi relativa missione dalla legge, senza intervento di testimonii, a quelli ricevuti da un solo degli uffiziali predetti in presenza di due testimonii, e di preferire pressochè i primi ai secondi, il corrispondente articolo 982 di quel codice, senza parlare di testimonii, dice che i testamenti militari « potranno ancora, se « il testatore è ammalato o ferito, essere ricevuti dal chirurgo « in capo, *assistito dal comandante militare incaricato della « pulizia dell'ospedale.* »

Nella discussione sopra detto articolo seguita al Consiglio di Stato erasi detto che i militari negli ospedali avessero facili mezzi di testare, e non essere perciò necessario lo ammettere i chirurghi a ricevere i loro testamenti; ma si rispose che la progettata prescrizione sarebbe quanto meno stata utile negli spedali *ambulanti*.

Al disposto di detto articolo 982 potrebbe applicarsi il riflesso che opportunamente faceva il Presidente Malleville sull'articolo 785 di detto Codice civile francese, da me riferito nella nota terza all' articolo 778, riflesso il quale spiega parimente il motivo dell'altro divario che è facile il rilevare tra il detto articolo 982 ed il nostro presente, in cui si ammette il *cappellano* a ricevere il testamento del militare ammalato o ferito.

2.° Sia però che siffatto testamento venga ricevuto dal *cappellano* predetto o dal chirurgo, esso dee essere ricevuto in presenza di due testimoni.

E per la capacità di questi, non meno che per la loro sottoscrizione e quelle del testatore e di coloro che ricevono il testamento, il presente articolo rimanda a quello che lo precede, il quale si richiama agli articoli 778 e 785 che, occorrendo, verranno da' miei lettori consultati, in un colle note da me fatte sovra di essi.

794. I testamenti di cui ne' due articoli precedenti dovranno essere il più prontamente che sia possibile trasmessi al quartier generale, e da questo alla Regia Segreteria di guerra, che ne ordinerà il deposito nell' archivio di insinuazione del distretto in cui il testatore ha domicilio, e non essendo questo conosciuto, nell' archivio d' insinuazione di Torino.

Gli autori francesi *1 rilevano la lacuna esistente in quel Codice il quale, come ho qui sovra osservato nella nota prima all'articolo 788, provvedeva bensì pel deposito in un pubblico uffizio dei testamenti fatti *sul mare* (articoli 991 e 992 di detto codice) e nulla disponeva intorno al deposito dei testamenti *militari*.

Essi rilevano gli inconvenienti dello spedirsi copie di siffatti testamenti da persone non rivestite di uffizii civili, ai quali può aggiungersi quello del pericolo della perdita di detti testamenti,

*1 Grenier, tom. 1, pag. 284, n. 279; Duranton, tom. 5, pag. 62, num. 155, e Vazeille, tom. 2, art. 982, nota 2a.

e fanno voti perchè si facciano regolamenti che provvedano all'emergenza.

La disposizione contenuta in questo articolo mercè cui il testamento militare; trasmesso prontamente al quartier generale, viene pel canale della Regia Segreteria di guerra depositato nell'archivio d'insinuazione del distretto in cui il testatore ha domicilio, e non essendo questo conosciuto, nell'archivio d'insinuazione di Torino, evita i predivisati inconvenienti e pericoli.

795. Le disposizioni dei precedenti articoli 792 e 793 non avranno luogo che in favore di coloro, che saranno in ispedizione militare, così all'estero, come nell'interno dello Stato, od aquartierati o di presidio fuori dello stesso territorio, o prigionieri presso il nemico, o di quelli che si trovino in una piazza o fortezza circondata dal nemico, od in altri luoghi, le cui porte siano chiuse, ed abbiano interrotte le comunicazioni a cagione della guerra.

1.° Se l'imperatore Giustiniano abbia o non detto il vero, allorchè egli nella legge 17 cod. *De testam. milit.*, e nelle sue Instit. al titolo *De milit. testam.*, sembrava volersi far autore della limitazione apposta alla facoltà di testare militarmente, ristretta ai militi che fossero in ispedizione, ella è questa controversia sovra cui non sono concordi gli interpreti *1 e poco ci cale in oggi lo acquistare più accertate notizie.

Basti il sapere che, anche secondo il diritto romano, o nell'

*1 Si è soprattutto nella citata legge 17, che l'Imperatore Giustiniano, col vocabolo *sancimus* sembra voler statuire qualche cosa *de novo*. Si osserva per contro che le parole *voluntas militis in expeditione occupati* nel rescritto di Antonino (leg. 1.a, cod. *De testam. militari*) ed i vocaboli *militis in expeditione degentes* con cui comincia la costituzione dell'Imperatore Costantino formante la legge 13 del codice al titolo precitato, se non furono aggiunti da Triboniano, provano che molto prima di Giustiniano la limitazione che egli dice di *sancire* era dalle leggi stabilita.

ultimo o nell' anteriore stato di quella legislazione, il privilegio del militare testamento non era concesso salvo che a quei militi che fossero *in spedizione* come sovra.

Ciò che rende opportuno il qui richiamare l'etimologia e le spiegazioni che di quel vocabolo ci vennero date dal Vinnio il quale osserva che « *expeditio inde dicta est quod milites ex-
« pediti esse debeant ad pugnandum cum hoste* »¹. »

Soggiungendo quindi non essere la spedizione la stessa battaglia, nè tutto il tempo della guerra, ma bensì tutto quell'intervallo di tempo durante il quale il milite marcia armato, sia nel perseguitare il nemico, sia aspettandone imminente l'aggressione, intento a respingerla ed anche ad invadere il territorio da lui occupato.

Questa definizione giunta alle espressioni che noi abbiamo in questo articolo dicenti in spedizione militare *così all'estero come nell'interno dello Stato*, combinata col vocabolo *esercito* impiegato dal Legislatore nell'articolo 792, e colle parole *a cagione di guerra* con cui finisce il detto presente articolo, ci additano che la *spedizione* a cui si riferisce l'articolo è per l'ordinario quella che ha luogo nel caso predetto di guerra.

Ma siccome l'articolo parla in genere di *spedizione militare all'estero*, io porto opinione che, se il Sovrano in seguito a trattati politici, *occupasse militarmente un territorio estero*, i corpi destinati a siffatta occupazione godrebbero della facoltà di testare nel modo stabilito dall'articolo 792.

Il signor Duranton ² analizzando la disposizione contenuta nell'articolo 983 del codice francese cui, con qualche piccola aggiunta e variante, è conforme il nostro, osserva che la facoltà di testare nel modo dal detto articolo permesso, non ha luogo che in favore:

1.° Di quelli che si trovano fuori del territorio dello Stato, sia in spedizione militare, sia aquartierati, sia di presidio;

2.° In favore di coloro che sono prigionieri presso il nemico in qualunque luogo, anche in una fortezza occupata dal nemico sul territorio dello Stato;

3.° In favore dei militari ed altre persone impiegate nell'esercito, le quali nell'interno dello Stato si trovino in una piazza

¹ Comment., instit. de testam. milit., n. 2.

² Tom. 5, pag. 61, n. 152.

o fortezza assediata dal nemico, od in altri luoghi le cui porte siano chiuse ed abbiano interrotte le comunicazioni a cagione della guerra, e così esclusivamente a quelli che si trovino aquartierati e di presidio *nell'interno*, e così ove non siano minacciati di aggressione dal nemico con cui il Sovrano è in guerra.

2.° La piazza o fortezza assediata dal nemico è essa compresa nell'articolo, anche nel tempo di un *armistizio*, durante il quale il militare potrebbe facilmente trovare un notaio che riceva il suo testamento?

La possibilità di testare per mezzo di notaio nelle piazze dello Stato circondate dal nemico, non venne dal Legislatore presa in considerazione per determinare il caso in cui il militare possa testare nella forma meno solenne, e godere così di un favore determinato dalla difficoltà che egli incontrerebbe di adempiere le formalità ordinario dalla legge prescritte pei testamenti.

Si è per queste considerazioni che la Corte d'Appello sedente in Parigi, con una sentenza del 1.° dicembre 1815 *1 dichiarava valido un testamento fatto alla forma militare nelle surriferite circostanze.

3.° I militari *prigionieri presso il nemico* sono anche compresi nell'articolo fra quelli che possono testare in forma militare.

Il signor Delvincourt *2 osserva con ragione che il militare predetto potrà testare nella forma prevista dall'articolo 999 del Codice civile francese (il nostro articolo 797) ovvero nel modo permesso dall'articolo 981 dello stesso Codice (il nostro 792), se nel luogo ove egli è prigioniero, trovasi in eguale condizione od in altra uno degli ufficiali nominati in detto articolo ed altri militi o persone appartenenti allo Stato i quali possano intervenire nel testamento come testimonii.

4.° I signori Delvincourt *3 e Duranton *4 credono che la facoltà di testare militarmente non possa competere a colui che è ritenuto *in ischiavitù dai pirati*, salvo che la Francia fosse in guerra col paese a cui questi appartengono.

Il signor Vazeille *5 osserva senza ragione che lo spirito della

*1 Riferita nella Raccolta del Sirey, tom. 18, vol. 2, pag. 111.

*2 Tom. 2, pag. 316.

*3 Citato loco.

*4 Tom. 5, pag. 62, n. 154.

*5 Tom 2, art. 983, pag. 323, n. 3.

legge militerebbe in favore del testamento giacchè si è sempre in guerra coi pirati.

5.º Dopo di avere commentate le varie disposizioni in questa sezione contenute sulle tre specie di testamenti *meno solenni* in essa contemplati, e così sovra quelli fatti *in tempo di peste* od *altra malattia contagiosa*, sui testamenti fatti *sul mare*, e sui testamenti militari, mi occorre di occuparmi di una controversia che tutti li riguarda egualmente.

Gli articoli 778, 782, 783, 785 e 792 stabiliscono « da chi « possano riceversi i ridetti testamenti, il numero dei testimonii « che devono intervenire, le qualità in essi soltanto necessarie, « e provvedono per le sottoscrizioni del testatore, di coloro che « ricevono il testamento e dei testimonii prenominati. »

Ma i precitati articoli nulla dispongono nè sulla *dichiarazione di volontà* che dee fare il testatore, nè sulla *lettura* del testamento che dee essergli data in presenza dei testimonii, nè tanto meno sulla *menzione* dell'adempimento di queste formalità che, a termini dell'articolo 747, dee farsi nei testamenti pubblici quale è considerato quello di che si tratta, formalità queste la cui omissione importa la nullità del testamento a mente dell'articolo 802.

Ciò premesso si chiede se un testamento fatto in tempo di peste, o sul mare, ovvero se un testamento militare sarebbe nullo perchè non siasi in esso adempite alcune delle formalità ultimamente accennate.

Per la risoluzione della controversia in senso affermativo potrebbe invocarsi la regola secondo cui una legge *speciale* che stabilisce in qualche parte minori formalità da osservarsi in un atto, non deroga alla legge generale, se non rispetto alle formalità premenzionate, lasciando perciò sussistere le altre solennità dalla legge stessa prescritte, motivo per cui le leggi generali sul notariato vengono riputate applicabili ai testamenti.

E potrebbe anche osservarsi che le formalità anzidette siano quelle che principalmente assicurano la verità del testamento contro le frodi e le supposizioni, e siano perciò *formalità sostanziali* di quell'atto, alla cui necessità non debba crederci che il legislatore abbia voluto derogare senza una espressa relativa dichiarazione nella legge.

I signori Duranton *1 e Grenier *2 ed i compilatori del Dizionario generale del diritto moderno *3 sono però di sentimento che le formalità prescritte dall'articolo 972 del codice francese (a cui corrisponde il predetto nostro 747) non siano di rigore nei testamenti meno solenni contemplati in questa sezione, e che il loro inadempimento negli stessi testamenti non ne tragga seco la nullità.

Non dirò l'argomento che il primo di detti autori, ragionando per parità dal disposto nell'articolo 88 del codice francese, ne desume dalle espressioni in esso contenute, e non ripetute nel titolo delle donazioni e dei testamenti, giacchè il nostro Codice non contiene prescrizione veruna simile a quella di detto articolo 88.

Riferirò in vece il ragionamento fatto dal signor Grenier, il quale invoca l'intitolazione data a questa sezione nel codice francese predetto (e ripetuta nel nostro) coi vocaboli dicenti; *Regole particolari sulla forma di alcuni testamenti*, espressioni queste, le quali importano, dice egli, l'idea di una limitazione, e di una applicazione particolare di dette regole, astrazione fatta di altre qualsiansi.

Arrendendomi all'opinione dei prelodati scrittori io crederei di trovare un motivo per cui i legislatori, dopo di avere tracciate la forme speciali dei testamenti di cui si tratta, *non abbiano stabilito doversi nel resto eseguire quelle prescritte per gli altri testamenti*, nel riflesso che le qualità che unicamente concorrono nelle persone a cui la legge affida la missione di ricevere i premenzionati testamenti, abbiano nello spirito del legislatore meritato un riguardo, onde non assoggettare atti da essi ricevuti alle minuziose formalità prescritte ad ufficiali pubblici, i quali non possono plausibilmente ignorare disposizioni legislative che li riguardano.

Milita a questo riguardo la ragione addotta dall'imperatore Trajano, da me riferita nella nota prima all'articolo 792, quando il prelodato imperatore, accennando i motivi per cui statuiva che i militari potessero fare testamento *quomodo volent, quomodo poterint*, diceva, *simplicitati eorum consulendum existimavi*.

*1 Tom. 5, pag. 61, num. 150.

*2 Tom. 1, pag. 283, n. 278.

*3 Verb. testam., n. 374.

796. Il testamento fatto secondo la forma sovra stabilita sarà nullo sei mesi dopo il ritorno del testatore in un luogo ove possa far testamento colle forme ordinarie.

1.° Nella nota all'articolo 781 ho spiegato il motivo per cui la legge limita l'effetto dei testamenti meno solenni durante un termine fisso che decorre dall'epoca a cui il testatore potrà disporre colle forme ordinarie.

Questo termine, quanto ai testamenti militari, era dalle leggi romane *1 fissato ad *un anno*; il nostro articolo, conforme all'articolo 984 del Codice civile francese, lo riduce a *mesi sei*, militando pei detti testamenti gli stessi motivi che fecero stabilire parimente a mesi sei quello concesso dal detto articolo 781 pei testamenti fatti nei luoghi ove fossero interrotte tutte le comunicazioni a cagione di peste od altra malattia contagiosa.

Il presidente Malleville dice che l'articolo 32 dell'Ordinanza del 1735 non prefiggeva verun termine ai *veri militari* per fare un nuovo testamento, e che essa fissava soltanto quello di mesi sei alle persone impiegate presso l'armata, e loda i compilatori del codice francese dello avere tolto simile divario.

2.° Se il milite il quale, avendo fatto testamento nella forma permessa dall'art. 792, mentre egli trovavasi per esempio in una piazza o fortezza chiusa dal nemico a mente dell'articolo che precede, fosse poscia licenziato ovvero passasse in un altro presidio dell'interno e non minacciato dal nemico, e dopo di avere ivi militato per minor tempo di mesi sei, fosse nuovamente chiamato sotto le bandiere e mandato in spedizione militare in uno dei luoghi accennati nell'art. precedente, se egli venisse quindi a morire nei mesi sei dopo cessato il secondo servizio, ma molto dopo trascorso tale termine dalla cessazione della prima spedizione militare, sarebbe o non valido il di lui testamento?

Il giureconsulto Paolo, nel § 1° della legge 38 del digesto al titolo *De testam. militis*, ci propone siffatta controversia in

*1. Instit., § 3, tit. *De milit. testam.*, V. anche le leggi 21, 26 e 28 Dig. *De testam. militis*.

relazione al termine di una intiera annata fissato dalle citate leggi romane, ridotto, come sovra, a mesi sei dall' art. 984 del codice francese e dall' articolo presente.

Ed egli dice *humanius est valere testamentum quasi coniuncto munere militiae*, come se quel milite avesse continuato a servire dall' epoca della prima spedizione militare a cui egli venne destinato, sino al termine della seconda.

Il sig. Duranton *1, citata la preriferita sentenza del giureconsulto romano, dice che essa, come piena di sana ragione, dovrebbe essere seguita anche sotto l' impero della nuova legge, e nella nota 3.a all' articolo 790, parlando del testamento fatto sul mare, e del termine di tre mesi fissato dal detto articolo, ho già esternata la mia opinione a tale rispetto.

Il sig. Delvincourt va più avanti dicendo, all' appoggio della legge precitata, che il testamento di che si tratta sarà valido *indefinitamente*, e così anche più di mesi sei dopo cessata la seconda spedizione *2; ma il sig. Vazeille *3 confuta con fondamento siffatta opinione, ammettendo anch' egli che la citata legge romana possa seguirsi sotto il regime del nuovo codice, ed osservando tuttavia che la stessa legge, di cui egli riferisce come sovra la specie, non contiene la sentenza che il sig. Delvincourt crede di leggervi.

797. I testamenti fatti fuori dello Stato avranno il loro effetto anche nei Regii Stati se saranno osservate le forme prescritte dalle leggi vigenti nel luogo in cui si saranno fatti.

I testamenti però fatti all' estero dai sudditi, e non ricevuti da un notaio, od altro pubblico uffiziale, non avranno effetto ne' Regii Stati.

1.° La disposizione contenuta in questo articolo, sotto la modificazione di cui infra, riduce in legge positiva dello Stato una

*1 Cit. tom. 5, pag. 62, n. 153.

*2 Tom. 2, pag. 516.

*3 Tom. 2, art. 984, pag. 525, nota unica.

massima di diritto altrettanto in sè riconosciuta generalmente, come controversa nella di lei applicazione, quella cioè che *locus regit actum*.

Un suddito il quale possenga sostanze ne' Regii Stati, viaggiando o dimorando temporariamente per diporto, per motivi di salute o per commerciali speculazioni in estero dominio, può trovarsi nella circostanza di disporre per atto d'ultima volontà di dette sue sostanze.

Se il modo di disporre stabilito dalle leggi dei due Stati è conforme, non vi può essere difficoltà sull'efficacia che le disposizioni testamentarie fatte dal suddito all'estero aver possano e debbano negli Stati Regii, tuttavolta che esse siano ivi rivestite di quelle formalità che le due leggi esigono per la loro esecuzione *1 nei limiti però, quanto ai beni ivi situati, della *capacità* e della *disponibilità*, dalle leggi patrie stabilite; ma se diverse sono le leggi dei due Stati sulla forma di disporre come sovra, sulle solennità necessarie o soltanto richieste per la validità dei testamenti, non potendo il suddito che trovasi in estero dominio testare che davanti i pubblici ufficiali che dalle leggi colà veglianti sono incaricati di ricevere gli atti di ultima volontà, non potrebbe dai medesimi pretendere che essi eseguiscono solennità non prescritte dalle leggi locali che regolano i loro atti.

Non potendo perciò imputarsi al suddito pre nominato il non avere fatto rivestire il suo testamento delle solennità prescritte dalle patrie leggi, ragion vuole che quell'atto sia, nei limiti premenzionati, efficace sui beni che egli possiede nei Regii Stati, tuttavolta che egli siasi, a tale rispetto, uniformato alle leggi veglianti nello Stato ove dispose, onde egli non sia, senza sua colpa, privato di un diritto che la legge concede al proprietario, ovunque egli si trovi, di disporre delle sue sostanze.

Tali furono le giuste ragioni per cui veniva adottato il surriferito principio *locus regit actum*, ed esso venne; come legge positiva, sancito in questo articolo, desunto dall'articolo 999 del codice civile francese.

2.° L'articolo ultimamente citato è concepito nei termini seguenti: « Un francese che si troverà in paese straniero potrà

*1 Delle consuete legalizzazioni che accertano la qualità concorrente in quell'uffiziale pubblico che spedì la copia dell'atto e dell'insinuazione prescritta dall'articolo 1426 per tutti gli atti seguiti in paese estero.

« fare le sue disposizioni testamentarie per atto sotto sottoscrizione privata, nella forma prescritta dall' articolo 970, « ovvero per atto autentico colle formalità in uso nel luogo « ove l'atto sarà passato. »

Nella nota 2.a, all'art. 744, ho detto come il testamento contemplato nell'art. 970 del codice civile francese sia quello che chiamasi testamento olografo, il quale, per essere valido, non esige altra formalità salvo quella che esso sia per intero scritto, datato, e sottoscritto di mano e carattere del testatore senza intervento di verun notaio od altro ufficiale pubblico, ricevendo tutta la sua *esistenza legale* dalla sola scritturazione e sottoscrizione del testatore, accompagnata dalla menzione dell'anno, mese e giorno, appostavi di sua mano e carattere.

Questa forma di testare non essendo anticamente riconosciuta del pari in tutte le provincie componenti il Regno di Francia, quistionavasi se il testamento olografo fatto da un individuo domiciliato in una provincia in cui simile forma di testare era ammessa, ma però fatto sia all'estero, sia nel regno ed in un luogo ove dalle leggi veglianti non si ravvisassero validi altri testamenti che quelli fatti avanti un notaio, (ovvero avanti gli altri uffiziali dalla legge autorizzati a riceverli, qualora si trattasse di testamenti meno solenni), fosse o non valido ed efficace.

Una sentenza della Corte d'Appello di Parigi del 7 termidoro anno XI, applicando il principio *locus regit actum*, aveva dichiarato di nessun effetto un testamento fatto a Bordeaux (ove le veglianti leggi romane non riconoscevano il testamento olografo) da un cittadino di Parigi, provincia retta dal diritto consuetudinario, il quale riconosceva siffatti testamenti; e la Corte di Cassazione non aveva trovato in quella sentenza una contravvenzione alla legge che potesse autorizzare a circoscriverla.

Siccome siffatta giurisprudenza era a più forte ragione, o quanto meno a pari ragione, applicabile ai testamenti fatti all'estero ed in un luogo ove la forma olografa di testare non fosse riconosciuta, era d'uopo che una nuova legislazione civile sulla materia testamentaria facesse in proposito cessare ogni dubbiezza.

Il sistema consuetudinario il quale principalmente ammetteva siffatto modo di testare, avendo in ciò, come in molte altre parti della nuova legge francese, prevalso alla ragione iscritta,

ossia alle leggi romane ricevute in alcune provincie di quel reame, non solo la facoltà di testare nella preaccennata forma olografa, venne, col succitato art. 970, riconosciuta come una legge generale dello Stato, ma essendo stata siffatta facoltà considerata come una specie di diritto personale del cittadino francese che lo seguisse ovunque egli si trovasse, anche in estero dominio, ed in luogo ove la forma olografa non fosse riconosciuta, il succitato art. 999 di quel codice, mantenendo la regola *locus regit actum*, faceva però un'eccezione alla medesima, dichiarando efficace il testamento fatto in tale forma da un francese in dominio straniero senza distinzione alcuna relativa alle leggi colà veglianti.

Il Sovrano Legislatore nostro, nel pronunziare sulla efficacia, nei Regii suoi Stati, dei testamenti fatti all'estero, onde essere conseguente a se stesso, partir doveva da un sistema affatto opposto a quello del codice civile francese.

Nella precitata nota 2.a, all'art. 744, ho svolto i giusti motivi per cui non si credette conveniente d'introdurre presso di noi la forma olografa di testare, non riconoscendosi in detto articolo altra specie di testamenti salvo quello pubblico, ed il testamento segreto, le cui formalità sono stabilite nell'articolo 751; ma ho parimente ivi narrato come la giurisprudenza dai Magistrati nostri Supremi assentata, per applicazione del più volte citato principio *locus regit actum*, avesse dichiarati validi ed efficaci testamenti fatti da sudditi nella forma olografa in una di quelle provincie francesi ove siffatta forma era riconosciuta.

Ora se i riflessi da me spiegati nella nota precedente dimostrano quanto alla retta ragione sia conforme quel generale principio rispetto ad un testamento che il suddito fece in estero dominio *avanti un pubblico ufficiale*, il quale non dee riconoscere e non è tenuto di eseguire altre leggi che quelle del suo paese, lo stesso non può dirsi rispetto a quel suddito il quale, in un estero dominio come sovra, poteva testare in un modo dalle leggi di ambi i paesi riconosciuto, e preferì di ciò fare con uno *scritto privato* che le leggi sue patrie non ammettono quale atto idoneo a giustificare legalmente disposizioni di tanta importanza.

Le stesse ragioni così, per cui il Legislatore nostro Sovrano non permetteva ai suoi sudditi di testare nella forma olografa

ne' *Regii Stati*, militavano parimenti per non dare effetto in essi ad un testamento fatto dal suddito in tale forma, tuttochè in *estero dominio*.

Ed a queste ragioni aggiungevasi il riflesso che l'indicazione del luogo ove sia fatto un *privato testamento*, dipendendo dalla data che vi appone il testatore, il dare effetto ai testamenti privati fatti all'estero, e soprattutto in un confinante dominio, troppo facile avrebbe aperta la via di far frode alla legge che non li permette nei *Regii Stati*.

Ed ecco il perchè il nostro Legislatore, dopo di avere, nella prima parte di questo articolo, ridotta in legge positiva la regola generale secondo cui « i testamenti fatti fuori dello Stato » avranno il loro effetto anche nei *Regii Stati*, se saranno osservate le forme prescritte dalle leggi vigenti nel luogo in cui « si saranno fatti », nella seconda parte dello stesso articolo, fa tantosto un'eccezione alla regola premenzionata, stabilendo che « i testamenti però fatti all'estero dal suddito, e non ricevuti da un notaio od altro pubblico ufficiale, non avranno « effetto nei *Regii Stati*. »

I testamenti perciò fatti da un suddito in Francia, od in qualunque altro Stato ove sia ricevuta la forma di testare olografa, od in qualsivoglia altro modo per *iscritto privato*, non avranno effetto nei *Regii Stati* se non saranno stati fatti nella forma premenzionata.

Per contro qualunque sia la qualità dell'uffiziale che, in un estero dominio, ricevette un testamento fatto da un suddito, purchè quello sia dalle leggi colà veglianti riconosciuto come *pubblico ufficiale*, se il detto testamento sarà rivestito delle formalità prescritte dalle leggi di quel dominio, esso avrà effetto nei *Regii Stati*.

3.º Quando taluno agisca od eccepisca in una causa nella qualità di erede nominato in un testamento fatto all'estero, sarà egli a suo peso il giustificare che quel testamento sia rivestito delle formalità prescritte dalle leggi vigenti nello Stato ove esso venne fatto, ovvero spetterà a colui, contro il quale il testamento è presentato, il giustificare che in esso sianse omesse le solennità premenzionate?

Il sig. avvocato Duboin nel riferire *1 una decisione pronun-

*1 Nella sua Raccolta, serie dei testamenti, vol. 1, pag. 748.

ciata dal Senato di Piemonte il 18 gennaio 1828, a relazione del sig. Conte e Senatore Carrone nella causa dei padre e figli Découllaré contro Claudio Nicolao Barillier, pone in capo della decisione predetta l'epigrafe concepita nei termini seguenti: « Come un testamento fatto all'estero si presuma valido sino a prova contraria, e quando. »

Invocavasi dal Claudio Barillier contro i detti Découllaré, i quali agivano contro di lui nella qualità di eredi *ab intestato* di Claudio Morizio Barillier, un testamento fatto da quest'ultimo in Stoccolma colla data del 6 aprile 1802.

Sostenendosi dai detti Découllaré, come si vedrà in appresso, che quello scritto del 6 aprile 1802 non potesse meritare riguardo, non giustificandosi che fosse stato passato secondo le leggi vigenti in Svezia, il Senato colla prelodata sentenza dichiarava « Non ostare al testamento del Claudio Morizio Barillier, e del quale si trattava, i difetti di forma estrinseca dai predetti Découllaré in atti opposti ».

Nei motivi di detta sentenza noi leggiamo in vero il seguente riflesso :

« In ordine poi al testamento stesso 6 aprile 1802, si presentava questo documento rivestito di tutte le debite *legalizzazioni*, ed allegarono soltanto li Découllaré non constare che « il medesimo fosse condito a mente delle leggi vigenti in Svezia per la validità de' testamenti; ma ciò non bastava al loro assunto, dovendosi un atto di questa natura riputar *valido sino a prova contraria*, e li Découllaré non solo trascurarono di accingersi ad alcun incombente in proposito, ma non allegarono pur anche specificamente alcun difetto di forma, « sebbene per difetto appunto di forma avessero conchiuso dichiararsi non constare di alcun testamento del pre nominato Claudio Morizio Barillier ».

Nella narrativa però dei mezzi di difesa impiegati dai convenuti Découllaré fatta in detta decisione, dopo la loro proposizione qui sovra riferita, noi leggiamo quanto segue :

« In ogni caso dissero essersi reso di nessun effetto cotesto « testamento perchè, giusta le leggi di Svezia, di cui produssero un *estratto debitamente autenticato*, in data 29 settembre 1824, ogni testamento deve essere presentato entro un dato termine alli Magistrati del paese a pena di caducità, e « quello di cui si tratta non sarebbe stato in alcun tempo pre-

« sentato alli detti Magistrati, come da certificato 21 dicembre 1824 del Collegio di giustizia di Stoccolma che egualmente « produssero ».

Limitierommi ad osservare che, se la quistione qui sovra proposta si presentasse rispetto ad un testamento fatto all'estero dopo che è vigente il Codice Civile, la di lei risoluzione nel senso adottato nella preriferita decisione, non lascierebbe di presentare qualche dubbietà. Disponendo l'articolo che i testamenti fatti fuori dello Stato avranno il loro effetto anche nei Regii Stati, *se saranno osservate* le forme prescritte dalle leggi vigenti nel luogo, in cui si saranno fatti, l'efficacia che la legge attribuisce a siffatti testamenti presentasi *condizionale*.

Essa è dipendente ed inseparabile dall'osservanza delle formalità preaccennate: ora colui che vuole esperire di un diritto che la legge non gli concede che sotto una determinata condizione, dee giustificare che detta condizione siasi verificata; e se la legge non dà effetto ad un atto seguito in un paese, di cui le leggi possono essere ignorate, se non allorquando esso sia alle stesse leggi conforme, sembrami (per parlare nel linguaggio forense) essere estremo di colui che tale atto invoca il giustificare siffatta *conformità*.

4.º Nelle spiegazioni che vengo di dare nella nota 2.ª qui sovra al disposto in questo articolo, i forensi e le persone versate nella scienza della legge vedranno che io non ho inteso di commentare per esse, ma unicamente per coloro, che non sono ancora abituati a discernere, cogli opportuni confronti, lo spirito delle disposizioni legislative.

Per questi ultimi eselusivamente avvertirò che, quando il detto presente articolo statuisce che i testamenti fatti fuori dello Stato *avranno effetto nei Regii Stati*, si dee intendere di quell'effetto che le disposizioni in essi contenute produr possono, secondo le patrie leggi, e non giusta quelle veglianti nel luogo ove si è testato.

La *capacità* o non di disporre nel testatore, quella dell'erede o del legatario di ricevere (e tali capacità siano esse assolute o relative) la porzione dei beni, di cui il suddito possa disporre, ovunque sia fatto il testamento, non possono esser rette che dalle leggi dello Stato a cui il testatore appartiene.

5.º Il Codice civile francese, dopo l'art. 999 a cui il nostro presente corrisponde, nell'art. 1000 stabilisce che i testamenti

fatti all'estero non possono essere eseguiti sui beni situati in Francia salvo dopo di essere ivi stati *registrati* negli uffizii di registrazione in detto articolo menzionati.

Fra le provvide leggi di cui noi andiamo debitori alla saviezza del Duca Carlo Emanuele I con ragione detto *il Grande*, merita particolar menzione il Ducale Editto del 28 aprile 1610 *1 con cui quel Sovrano sostituiva alla *registrazione giudiziale* dei testamenti ed altri atti, da lui ordinata con altro precedente suo editto del 1582, quella così preziosa istituzione dell'*insinuazione* dei più importanti atti in un pubblico archivio che venne da un rispettabile Magistrato francese cotanto e così giustamente ammirata.

Il Legislatore nostro non credette necessario di qui stanziare una disposizione particolare intorno alla necessità dell'*insinuazione* dei testamenti fatti all'estero, avendoli sotto il nome generico di *atti*, compresi nella generale disposizione sancita nell'articolo 1416 a cui rimando il lettore.

798. Potranno i Consoli o Vice-Consoli ricevere i testamenti che si volessero fare dai sudditi Regii ne' paesi dove essi risiedono, o per atto pubblico, od in forma di testamento segreto, conformandosi alle disposizioni contenute negli articoli 746 e seguenti sino al 756 inclusivamente, salvo in ciò che riguarda la qualità dei testimoni richiesta di dimoranti nei Regii Stati.

1.º Ho rilevato più volte nel corso della mia trattazione della materia testamentaria come, riconosciuto dalle leggi al proprietario il diritto di disporre delle sue sostanze pel tempo in cui egli avrà cessato di esistere, il Legislatore debba moltiplicare e facilitare ai sudditi il mezzo dell'esercizio di tale diritto, quando ciò far si possa senza dipartirsi da quelle provvide sanzioni che guarentiscono un atto di tanta entità dalle frodi e supposizioni, mercè le forme di cui lo circondano.

*1 Riferito nella Raccolta dei Borelli, pag. 1202.

Se a questo utile scopo mira la facoltà che le moderne legislazioni concedono al suddito il quale trovisi *in estero dominio* d'ivi testare, osservando le leggi in quello Stato veglianti, queste legislazioni lasciavano ancora qualche cosa a desiderare onde una così savia istituzione fosse condotta a perfezionamento.

Ho avvertito nella nota terza all'articolo precedente che, giusta la prescrizione in esso sancita, quel suddito il quale appoggia un'azione da lui promossa, ovvero un'eccezione per esso opposta in giudizio ad un testamento fatto all'estero, dee giustificare che quell'atto sia rivestito delle forme che, per la sua validità sono prescritte dalle leggi veglianti nello Stato ove esso venne fatto.

Questa prova esigendo incumbenti, indagini e ricerche, possono questi cagionare talora indugi e dilazioni nell'esercizio dei diritti che dalla testamentaria disposizione sono conferiti alle persone in essa nominate.

Il suddito che trovasi in lontano paese può desiderare di esimersi i suoi eredi o legatarii dalla necessità di somministrare siffatte giustificazioni, ma egli non può ottenerlo se, per disporre per testamento, egli ricorrer dee di necessità agli uffiziali pubblici del luogo, i quali non debbono e non possono ricevere atti che colle solennità dalle leggi locali stabilite.

Il signor Durantou *1 combattendo l'opinione del signor Delvincourt *2, e parlando del francese il quale viaggia *per mare*, ed il di cui bastimento approda in un paese estero ove vi è un Console destinato dal Governo, osserva che quel Codice civile, non avendo rinnovata la disposizione sancita nell'art. 24, lib. 1, tit. 9 dell'Ordinanza della marina del 1681, con cui i Cancellieri dei Consolati all'estero erano autorizzati a ricevere i testamenti nelle circostanze surriferite, siffatti testamenti non sarebbero valcvoli; ed il signor Vazille cita una sentenza della Corte d'Appello di Parigi *3 del 27 agosto 1825 confermativa di una sentenza del Tribunale civile della Senna, con cui fu dichiarato nullo il testamento fatto dal Generale Dugommieu in Amsterdam nanti il Cancelliere del Consolato di Francia in detta città.

Che il Sovrano Legislatore nostro siasi penetrato della con-

*1 Tom. 3, pag. 63, n. 160.

*2 Tom. 2, pag. 317.

*3 Tom. 2, art. 994, pag. 329, n. 2.

venienza di aumentare, a favore dei sudditi, i modi con cui essi possano disporre per atti d'ultima volontà, ce ne somministra una prova l'articolo 774 con cui la facoltà di ricevere testamenti segreti che le RR. CC. non concedevano che ai Senati, venne estesa ai Tribunali di Prefettura.

Un altro argomento di questa provvida sollecitudine noi l'abbiamo nella disposizione in quest'articolo sancita con cui il Legislatore permette ai *Consoli e Vice-Consoli* di ricevere i testamenti che, o per atto pubblico o *nella forma segreta* si volessero fare dai sudditi Regii ne' paesi dove essi risiedono, sia che detti sudditi approdino soltanto in que' paesi in un viaggio marittimo, sia che vi facciano la loro dimora.

2.º Ma i predetti Consoli esercendo siffatto ministero nella qualità di pubblici uffiziali nominati dal Regio Governo, e rimpiazzando in tal parte i notai, nè potendo ignorare le leggi patrie, non presentavasi motivo per cui essi nello adempiere l'incarico loro affidato, non dovessero uniformarsi alle leggi premenzionate.

Vuole perciò l'articolo che essi, nel ricevere testamenti pubblici o segreti, si conformino alle disposizioni contenute negli articoli 746 e seguenti sino al 756 inclusivamente, e ciò a pena di nullità dei testamenti, giacchè questo articolo è parimente uno di quelli annoverati nell'articolo 802.

Tuttavia, siccome fra gli articoli di cui l'osservanza è prescritta, è parimenti compreso l'articolo 754, secondo cui i testimonii nei testamenti tanto pubblici che segreti debbono essere maschi, maggiori d'età, *sudditi del Re o dimoranti nello Stato* almeno da tre anni, e che non abbiano incorso per condanna la perdita dei diritti civili, mentre nei paesi esteri non vi potrebbero esserc testimonii *dimoranti nello Stato*, potendo facilmente accadere che in essi non trovisi facilmente il numero di *sudditi del Re* dalla legge voluto, si è per ciò che il Legislatore, esigendo nei testimonii predetti le altre qualità premenzionate, permette di impiegare come tali persone dimoranti nel luogo ove si fa il testamento, tuttochè *non sudditi* del nostro Sovrano.

Giacchè io non revoco in dubbio che, siccome nell'articolo 754, la dimora triennale nei Regii Stati è considerata come *equipollente alla sudditanza*, prescindendo l'articolo, rispetto ai testimonii in esso contemplati, dalla necessità di siffatta *residenza*,

abbia parimente inteso di non esigere in essi la *qualità di sud-diti*, permettendo che dai testatori, o da coloro che ricevono il testamento, vengano richiesti come testimonii individui *sud-diti dello Stato* in cui i Consoli o Vice-Consoli eserciscono le loro funzioni, purchè essi riuniscano i tre altri requisiti qui sovra accennati, che vale a dire siano *maschi, maggiori d'età* e non abbiano per condanna incorsa la *perdita dei diritti civili*.

5.º Ma il precitato articolo 754, dopo di avere stabilite le qualità che debbono concorrere nei testimonii richiesti pei testamenti sì pubblici che segreti, soggiunge: « Non sono testimonii idonei *a i praticanti del notaio che ha ricevuto il testamento.* »

Non vi è dubbio che il motivo di siffatta incapacità si fece consistere in quella certa dipendenza in cui il praticante di un notaio trovasi rispetto a quest'ultimo, la quale fa sì che la di lui testimonianza, quando trattisi di una controversia che interessi in qualche modo il suo principale, non lascia di presentare qualche suspizione.

Ora eguale se non maggiore suspizione potrebbe al certo elevarsi contro il *commesso* od altro impiegato subalterno del Consolato, quando il testamento pubblico o segreto è ricevuto dal Console o Vice-Console, essendo al certo maggiore la dipendenza di questi impiegati subalterni dal loro capo di quella del praticante del notaio nel di cui uffizio egli fa il suo stadio dalla legge voluto.

Quanto sovra premesso sarà egli nullo un testamento pubblico o segreto, ricevuto da un Console o Viceconsole per ciò solo che *fra i testimonii intervenuti in esso figuri il commesso od altro loro impiegato subalterno?*

Per la nullità dirassi che la legge, non contentandosi per guarentigia della sincerità delle disposizioni testamentarie, e per l'esclusione di qualunque frode in atti di così grande importanza, dell'intervento del notaio, tuttochè pubblico ufficio fungente, ma esigendo un numero di testimonii, maggiore nei testamenti di quello che si esige negli altri atti pubblici, ha voluto che quattro o cinque persone *disinteressate* potessero all'evenienza del caso attestare se tutto ciò che sta scritto nel testamento fosse o non conforme alla verità.

E si dirà che il numero di testimonii dalla legge voluti non sarà più compiuto se alcuno di essi, per effetto di quella dipendenza in cui può trovarsi dalla persona che ricevette il testa-

mento, non goda di quella intiera libertà di deporre sui fatti che ne accompagnarono la redazione, che la legge esige nei testimonii testamentarii.

Questa controversia può avere molta analogia con quella da me esaminata nella nota 12.^a all' art. 754.

Avvegnachè quivi trattasi di decidere, come nella detta nota, se, per determinare l'incapacità di certe persone ad intervenire come testimonii in un testamento, al silenzio della legge possa supplirsi con ragionamenti desunti dai motivi di essa, e con argomento di parità.

I riflessi perciò che nella stessa nota mi determinarono ad opinare che dalla disposizione dell' articolo 754 che respinge dalla testimonianza nei testamenti il praticante del notaio che li ha ricevuti, non potrebbe dedursene essere nullo un testamento in cui siano intervenuti quai testimonii *i parenti, i domestici, i servitori* del notaio predetto, mi fanno credere che non sarebbe nullo un testamento pubblico o segreto ricevuto *all' estero da un Console o Viceconsole* per ciò solo che fra gli intervenuti testimonii avesse figurato un di lui commesso od altro impiegato subalterno.

4.^o Nell' ultima nota e nelle precedenti ho sempre parlato di testamenti fatti *all' estero* e ricevuti dai Consoli o Viceconsoli, non rievocando in dubbio che coloro che esercitano, in conformità del citato regolamento del 9 marzo 1816, siffatte funzioni nei Regii Stati e lungo le coste marittime, non siano competenti per ricevere gli atti di ultima volontà, e che perciò sarebbero nulli i testamenti per essi ricevuti.

L' attribuzione che l' articolo concede ai Consoli e Viceconsoli è un' attribuzione affatto straordinaria ed esorbitante dal diritto comune il quale vuole che i testamenti siano ricevuti da notai.

Essa perciò non può aver luogo salvo nel concorso di quelle circostanze locali che, come osservai nella nota 1.^a qui sopra, determinarono la deroga alla legge generale rispetto alle persone incaricate di siffatta importante missione, circostanze che non si riscontrano nei paesi de' Regii Stati ove risiedono Consoli, Viceconsoli, ed altre autorità marittime.

La verità di questa mia opinione non ha al certo d' uopo di altra prova che quella risultante dalla disposizione eccezionale dell' articolo concernente i testimonii non dimoranti nei Regii

Stati, eccezione questa che non riceverebbe la menoma applicazione ad un testamento che in essi fosse ricevuto da un Console o Viceconsole ivi residente.

5.° Nella nota 4.a all' articolo 778 ho trattata la controversia se la facoltà di fare testamenti nella forma meno solenne di cui in detto articolo (e maggiormente ancora negli articoli 782 e 792) sia soltanto applicabile al testamento *pubblico*, o possa anche estendersi al testamento *segreto*.

E credendo che tale facoltà non possa estendersi ai testamenti segreti, ho fatto cenno di un argomento che a corredo di questa mia opinione ci somministra il presente articolo.

Ed in vero quanto ai testamenti ricevuti all' estero da Consoli e Viceconsoli, dovendo in essi osservarsi tutte le formalità prescritte per quelli ricevuti da' notai, non presentavasi motivo per cui, attesa la semplice sostituzione di un *pubblico* ufficiale ad un altro per ricevere detti testamenti, il Legislatore dovesse limitare la facoltà loro concessuta a quelli pubblici.

Egli perciò *espressamente* sancì in questo articolo che i Consoli e Viceconsoli potranno ricevere i testamenti che si volessero fare dai sudditi regii ne' paesi ove essi risiedono, o per atto *pubblico od in forma di testamenti segreti*.

Sembra adunque manifesto che, se il Legislatore avesse voluto estendere parimente ai detti testamenti *segreti* la facoltà che egli concede negli articoli 778, 782 e 792, egli l'avrebbe del pari e tanto maggiormente concessuta in termini espressi che trattavasi di testamenti, i quali far si potevano con minore formalità.

799. I Consoli ed i Vice-Consoli trasmetteranno copia del testamento, se pubblico, o dell' atto di presentazione, ove quello sia segreto, alla Regia Segreteria di Stato per gli affari esteri per essere depositata nell' archivio d' insinuazione del luogo del domicilio del testatore, ed ove questo non sia conosciuto, nell' archivio d' insinuazione di Torino.

I medesimi si uniformeranno inoltre, quanto alle loro obbligazioni relative ai testamenti, al disposto dei regolamenti che li riguardano.

1.° Nella nota all'articolo 794 ho detto come la prescrizione in esso contenuta sulla trasmissione e successivo deposito dei testamenti *militari*, riempiendo una lacuna che in proposito esiste nel codice civile francese, provvegga con ottimo consiglio alla conservazione di siffatti testamenti, e somministri alle persone interessate un mezzo più facile di procurarsene quelle copie autentiche di cui possono abbisognare per farne fede in giudizio.

La necessità di siffatta trasmissione e del successivo deposito nell'archivio d'insinuazione del luogo del domicilio che il testatore aveva nei Regii Stati prima di spatriarsi, ed ove questo non sia riconosciuto, nell'archivio d'insinuazione di Torino, facevasi tanto più sentire rispetto ai testamenti ricevuti per lo più in ben lontane regioni, la cui produzione in giudizio per copia, procurata al bisogno solamente, potrebbe cagionare notevoli ritardi con grave danno delle persone nel testamento contemplate; essa venne perciò ordinata in questo articolo.

2.° Notinsi i due essenziali divarii che passano tra i testamenti ora menzionati e quelli accennati negli articoli 778, 782 e 792.

Il primo di questi divarii consiste in ciò che i testamenti contemplati in detti articoli *cessano di avere effetto sei mesi dopo* che il testatore trovasi nella possibilità di testare nella forma ordinaria, ciò che non è stabilito intorno al testamento fatto da un suddito all'estero nanti il Console o Vice-Console ivi residenti, quand'anche il testatore ritorni in qualunque tempo nei Regii Stati ove egli potrebbe testare avanti un notaio.

Il secondo più essenziale divario consiste in ciò che i testamenti fatti in tempo di peste, quelli fatti sul mare ed i testamenti dei militari in ispedizione, si trasmettono *per originale*, e si depongono negli archivii dell'insinuazione contemplati negli articoli 779, 789 e 795, quando per contro questo articolo non incarica i Consoli e Vice-Consoli di trasmettere alla Regia Segreteria di Stato per gli affari esteri, pel prescritto deposito nell'archivio dell'insinuazione salvo che « una copia del testamento se pubblico o dell'atto di presentazione ove quello « sia segreto ».

Quanto ai testamenti *pubblici* le persone cui possa occorrere di farne uso in giudizio potranno presentarli per copia estratta dall'archivio dell'insinuazione a termini del disposto dall'articolo 1443.

Ma quanto ai testamenti segreti di cui il Console o Vice-Console non è tenuto di trasmettere alla Regia Segreteria di Stato per gli affari esteri, e dei quali non si deposita nell'archivio dell'insinuazione che *una copia dell'atto di presentazione* rimanendo così *l'originale* di quest'atto, che racchiude la carta contenente le disposizioni testamentarie, negli archivii del Consolato, due difficoltà possono nascere che mi permetto di sottoporre all'alta saviezza del Regio Governo, e le quali derivano dacchè la forza ed efficacia di questi testamenti, non è, come sovra, limitata in ragione di tempo.

La prima di queste difficoltà nasce dacchè nel capo VII del presente titolo, contenente le regole stabilite per l'apertura dei testamenti in forma segreta, nulla si è stabilito per l'apertura di quelli di cui si tratta, e l'intervento in detti atti del *Giudice locale* potrebbe presentare qualche inconveniente in alcune delle regioni ove risiedono Consoli o Vice-Consoli.

La seconda difficoltà consiste in ciò che, nelle controversie cui può dar luogo un testamento fatto *nella forma segreta* può occorrere che l'interesse delle parti esiga *un atto di verifica- zione o collazione della carta testamentaria*, atto questo per cui, in alcuni casi, rispetto ai testamenti segreti ricevuti dai Consoli o Vice-Consoli, potrebbonsi incontrare degli ostacoli, sia nel *delegarlo alle autorità locali*, sia nel modo di *dargli esecuzione*.

3.° Chiuderò la presente sezione con alcuni rilievi comparativi che abbracciano tanto il precedente come il presente articolo.

L'articolo 84 del Regio Regolamento pei Consolati in paese estero del 26 dicembre 1815, il quale già permetteva ai Consoli e Vice-Consoli di ricevere i testamenti che si volessero fare dai sudditi Regii ne' paesi ove essi risiedevano, stabiliva che « tali testamenti *fossero scritti* dai Cancellieri, e ricevuti in « presenza di *quattro* testimoni, per quanto si potesse nazionali « e fossero sottoscritti dal testatore, dall'uffiziale consolare che « gli avrebbe ricevuti, dal cancelliere e dai testimoni: qualora « il testatore fosse illetterato vi apporrebbe il segno della croce, « locchè si esprimerebbe nell'atto. *I testimoni illetterati vi ap- « porrebbero il segno di croce*, e se ne farebbe pure menzione « nell'atto ».

Soggiunge quindi il precitato articolo 84 che « le disposizioni « fatte in favore dell'uffiziale consolare che avrebbe ricevuto

« il testamento, e del suo cancelliere sarebbero di nessun effetto ».

La nuova legge sui testamenti, di cui si tratta, apporta a quella preesistente le aggiunte, variazioni e modificazioni che seguono:

1.° La preriferita disposizione lasciava quanto meno grave dubbio sul punto se gli uffiziali de' Consolati potessero ricevere testamenti *alla forma mistica* che il Codice chiama testamenti *segreti*; il presente articolo ed il precedente risolvono siffatta dubbietà.

2.° Il precedente articolo assoggettando i Consoli e Vice-Consoli all'osservanza, pei testamenti pubblici o segreti che essi ricevono, delle disposizioni contenute negli articoli 746 e seguenti sino al 756 inclusivamente, ne segue che, negli atti di consegna di questi ultimi, essi devono farvi intervenire *cinque* testimonii e non soli *quattro*, come in detto articolo 84, se esso avesse potuto comprendere siffatti testamenti.

3.° L'articolo or ora citato sembrava permettere l'intervento ai detti testamenti di quattro testimonii *tutti illetterati*; l'articolo 749 vuole che, nei testamenti pubblici due almeno, e l'articolo 751 che negli atti di consegna di quelli segreti, tre almeno dei testimoni siano *capaci di sottoscrivere*, ciò che dee parimente osservarsi nei ridetti particolari testamenti.

L'alinea di quest'articolo volendo inoltre che i Consoli e Vice-consoli si uniformino, quanto alle loro obbligazioni relative ai testamenti, al disposto dei regolamenti che li riguardano, ne segue, a mio avviso, che essi devono tuttora far ricevere i testamenti pubblici e gli atti di consegna di quelli segreti dai loro Cancellieri.

Gli ulteriori obblighi poi a cui accenna il detto alinea sembrano essere quelli contemplati negli articoli 87, 89 e '90 del succitato regolamento del 26 dicembre 1815.

Avvertirò per ultimo che la prescrizione contenuta nell'alinea del citato articolo 84, trovasi compresa nella regola generale sancita nel seguente articolo.

Sezione V.

DISPOSIZIONI COMUNI INTORNO ALLE VARIE SPECIE DI TESTAMENTI.

800. Le istituzioni ed i legati, che fossero fatti in favore del notaio, o di ogni altro ufficiale sì civile, che militare, marittimo, consolare, od ecclesiastico, che avrà ricevuto il testamento pubblico, ovvero di uno dei testimoni al medesimo intervenuti, saranno di niun effetto. Lo stesso sarà delle istituzioni e legati fatti in favore del coniuge, o de' parenti od affini delle persone sovranominate sino al secondo grado inclusivamente.

1.° Nella nota quinta all'articolo 749 ho detto come il Codice Civile francese, dopo di avere negli articoli 972, 973 e 974 stabilite le formalità che deono osservarsi nei testamenti pubblici, nel successivo articolo 975, disponga che « non potranno « essere presi per testimonii del testamento *per atto pubblico* « nè i *legatarii* *1 a qualunque titolo il siano, nè i loro parenti « od affini sino al *quarto* grado inclusivamente, nè i praticanti « de' notai dai quali detti atti saranno ricevuti. »

Ho notato come siffatta disposizione sia stata omessa nel nostro Codice dopo l'articolo 749 precitato, ove essa avrebbe avuta la sua sede naturale, se fosse stata intenzione del Sovrano Legislatore nostro di adottarla.

E gettando quindi gli occhi sopra questo articolo, ho creduto di trovare in esso la prova del motivo del silenzio del nostro Codice sulla *incapacità* di figurare come testimonii nel testamento *pubblico* dei *legatarii* ed eredi, *incapacità* la quale, se fosse stata mantenuta, avrebbe (come quella del praticante del notaio sancita nell'articolo 754) portata con se la nullità del testamento, coerentemente al disposto del prossimamente sus-

*1 Ho già notato più volte come, nel sistema della legislazione francese, chiamasi *legatari* anche gli eredi, così a titolo universale, come universali.

secutivo articolo 802; ed ho creduto perciò essere stata mente del Sovrano Legislatore nostro il surrogare all' incapacità premenzionata e conseguente nullità del testamento intero *la sola inefficacia* delle istituzioni e legati che in un testamento pubblico siano fatte a favore di coloro che vi interverranno quali testimonii, e dei loro parenti od affini, non meno che del coniuge di essi; e tanto nella precitata nota quinta, come nella nota terza all' articolo 754 *1, ho cercato di perscrutare i principali motivi di questa importante innovazione al diritto romano ed alla preesistente giurisprudenza circa l'incapacità *dell'erede*, e credendo di averli indovinati, ne desunsi la saviezza del sistema, a tale riguardo, dal nostro Codice abbracciato.

L' intervento adunque di un erede a titolo universale *2 o quello di un legatario, come testimonio nel testamento che contiene l' istituzione od il legato a suo favore, non vizia in oggi il testamento, ma dalla qualità che concorre in esso di testimonio, la quale rende sospetta la disposizione fatta a suo favore, *rimane viziata ed inefficace l' istituzione od il legato predetto.*

Note sono alle persone anche le meno instrutte del diritto romano le disposizioni sancite da quei legislatori contro coloro che avessero scritto un testamento, se in esso si trovassero inserite disposizioni a loro favore.

Tanta fu la persuasione dei prelodati legislatori che le disposizioni che trovansi scritte in un testamento a favore dello scrittore di esso, siano state contro verità da lui inserite, che essi avevano perfino pronunziata contro del medesimo *la pena del falso*, se egli non ne otteneva dal Principe il condono.

Non rianderò qui le prescrizioni che su quanto sovra noi abbiamo in varie leggi del digesto al titolo *de leg. Cornelia, de falsis* ed al titolo *De his quae pro non scriptis habentur* e nel Codice al titolo *De his qui sibi adscribunt in testamento*, prescrizioni che nel nostro foro venivano generalmente comprese sotto il nome di *Senatus-consulto Liboniano*, e che dai nostri Supremi Magistrati, rispetto *alla inefficacia delle disposizioni* di cui si

*1 Nella quale ho dimostrata la giustezza del mio sentire sulla innovazione operata colla prescrizione contenuta in questo articolo.

*2 Noi vedremo tantosto negli articoli 804 e 805 chi siano coloro che la nuova legge chiama *eredi*, e coloro che essa appella *legatari*.

tratta *1 furono costantemente osservate ed applicate, nel testamento di nuncupazione esplicita, in oggi chiamato testamento pubblico, al notaio che lo aveva ricevuto, e nel testamento segreto ossia alla forma mistica a colui che lo aveva scritto ossia aveva scritta la carta o scheda contenente le disposizioni testamentarie, e così anche quelle fatte a favore di esso scrittore.

Del che ne abbiamo una prova irrefragabile in varie decisioni, e segnatamente in quella del Senato di Torino del 12 settembre 1769 referente D. Selarandi-Spada nella causa Beria contro Gianotti *2 non meno che in una recente senatoria sentenza pure di questo Rcal Senato proferta il 13 aprile 1821, a relazione del Senatore Roberi nella causa tra la Dorotea Darbesi vedova Costa e Felice Valletti (da me patrocinata per la detta vedova) con cui venne dichiarato ostare ai legati a favore del sunnominato Valletti fatti dall'Avvocato Darbesi fratello dell'attrice nel di lui testamento di nuncupazione implicita del 23 novembre 1819, le eccezioni dalla stessa vedova negli atti fatte *3.

In questo articolo e nel successivo vennero, mantenute così savie regole stabilite dal diritto romano e dalla patria giurisprudenza, ed applicate così al testamento pubblico, come a quello segreto, e vennero inoltre estese ai testimoni intervenuti nel testamento pubblico, e quanto al predetto testamento segreto venne parimente mantenuta l'eccezione che alla regola generale facevano le leggi romane, come vedremo esaminando il disposto dall'articolo seguente.

2.° Premesse queste notizie sulle basi generali delle prescrizioni contenute in questo articolo ed in quello che lo sussegue,

*1 Giacchè quanto alla pena del falso, essa, come ravvisata di troppo rigore, era andata pressochè in disuso anche nel diritto romano, come ce lo prova fra le altre, la legge 3.ª *De his qui sibi adscribunt*.

*2 Riferita nella Raccolta del signor Avvocato Duboin, serie VII, Legati, tom. 1, pag. 377 e seguenti.

*3 Desunte dal Senatus-Consulto Liboniano. Notisi che il testamento mistico dell'Avvocato Darbesi non era scritto di mano e carattere del legatario Felice Valetti, ma bensì dal Giacomo di lui figlio.

Applicandosi tuttavia il Liboniano, il Senato si attenne certamente alla regola *qui per alium facit, per seipsum facere videtur*, regola questa, la quale vedesi dettata dal giureconsulto Callistrato nella legge 15 del digesto, al titolo *De lege Cornelia, de falsis*.

sembra a prima giunta che ad esse estranea affatto rimanga la moderna legislazione francese, come quella che rispetto alle disposizioni contenute in un testamento pubblico a favore di uno o più dei testimoni in esso intervenuti, loro fa produrre un altro effetto, quello cioè della nullità del testamento, che non si occupa delle disposizioni fatte a favore dello scrittore di un testamento segreto, e sembra pure non occuparsi nemmeno dei legati fatti al notaio che ha ricevuto il testamento pubblico premenzionato.

Siccome però il diverso effetto che il codice francese ed il nostro assegnano ai legati fatti ad un testimoniaio intervenuto in un testamento pubblico, non può avere una diretta influenza sulle decisioni emanate in punto se certe disposizioni possano o non considerarsi come legati, come vere liberalità a favore del testimoniaio o de' suoi parenti od affini nel grado dalla legge contemplato, sotto questo rapporto non sarà discaro ai miei leggitori lo intendere quali siano le opinioni dei più accreditati scrittori francesi e le decisioni che siano emanate dalle Corti superiori di quel reame.

Non mi farò conseguentemente a narrare quali fossero nell' antica Francia le leggi consuetudinarie e le prescrizioni della in addietro più volte citata Ordinanza reale sulle donazioni e sui testamenti del 1735.

Osserverò soltanto che, come *ci riferisce il sig. Grenier *1, alcune di quelle antiche consuetudini, e fra esse quella dell'Alvernia, avevano già adottato il sistema del nostro Codice, che l'intervento di un legatario come testimoniaio in un testamento pubblico non traesse seco la nullità di detto testamento, ma che fosse soltanto nullo ed inefficace il legato fatto al testimoniaio predetto; e che se il Codice civile francese non si occupa dei legati fatti a favore dello scrittore di un testamento segreto, questo silenzio sembra doversi ascrivere all'opinione invalsa in quel reame, a detta del prelodato scrittore legale, *2 che la legge 22, ood. *De testam.*, supponendo potersi fare legati a coloro che avessero scritto il testamento, avesse abrogato il disposto dalla legge 1.a del digesto *De lege Cornelia*.

Che però, se, rispetto al notaio che ha ricevuto il testamento

*1 Tom. 1, pag. 252, n. 249.

*2 Cit. loc., vers. *Le droit romain*.

pubblico, l'art. 975 di detto codice «(che lo dichiara nullo, se in esso si contiene un legato a favore di uno dei testimoni) non pronunzia siffatta nullità nel caso di legati fatti al notaio predetto, questo silenzio, come osserva lo stesso sig. Grenier, "l proviene unicamente dacchè l'articolo 8 della legge generale sul notariato del 25 ventoso anno XI, dichiarata applicabile ai testamenti, proibisce ai notai di ricevere atti *contenenti qualche disposizione a loro favore*, e dacchè la contravvenzione a quell'articolo importa, a termini dell'art. 68 della stessa legge, la nullità dell'atto.

Passiamo ora alla disamina della disposizione in questo art. contenuta: i miei leggitori vedranno tantosto che le dottrine e massime che sto per riferire sul punto *quali disposizioni siano nella legge comprese*, ricevono la loro applicazione, così alle istituzioni ed ai legati fatti in un testamento pubblico, e di cui in detto presente articolo, come a quelli fatti a favore della persona che avrà scritto il testamento sì pubblico, che segreto, dei quali parla l'articolo successivo.

3.º *Le istituzioni ed i legati* (dice l'articolo) *che fossero fatti in favore del notaio ovvero di uno dei testimoni saranno di nessun effetto.*

Sofferamoci a queste prime espressioni dell'articolo, che meritano di essere attentamente esaminate.

Primieramente non vi è ombra di dubbio che l'articolo comprenda così le istituzioni di eredi *universali*, come i legati particolari di cui si fa cenno nell'articolo 805, sotto qualsivoglia denominazione essi siano fatti, atta a manifestare la volontà del testatore, come stabilisce l'articolo 803.

A dare consimile estensione alla proibizione contenuta nell'articolo 975 del codice civile francese, erano diretti i vocaboli in esso contenuti, ove dopo di avere parlato dei legati fatti ai testimoni, soggiungevasi *à quelque titre qu'ils le soient.*

L'articolo 45 dell'Ordinanza del 1735, da cui venne desunto il succitato articolo 975 diceva non potere in nessun caso essere testimoni nei testamenti gli eredi istituiti o sostituiti.

Io non revoco in dubbio che la prescrizione in questo articolo sancita sia egualmente applicabile alle istituzioni e legati che noi chiamiamo *oblique*, come alle dirette, e così anche

*1 Cit. loc., vers. *Je crois que.*

alle sostituzioni previste negli articoli 873 e 874, così che se uno degli eredi o legatari sostituiti a mente di detti articoli fosse stato testimonio nel testamento che contiene tale sostituzione, questa rimarrebbe di nessun effetto.

Io credo però che siffatta nullità non trarrebbe seco quella parimenti dell'istituzione o del legato, *diretti*, sia perchè l'art. non pronunzia l'inefficacia che del lascito fatto al testimonio, e lascia sussistere le altre disposizioni contenute nel testamento, sia per argomento desunto, in conformità dell' articolo 15, dall' articolo 880.

4.º Che dirassi se trattisi di uno di quei legati che i romani giureconsulti chiamano *sub modo* e che gli autori francesi appellano legati *avec charge*, come quando il testatore lega per esempio una casa a Tizio, col peso di pagare una somma di danaro, o di lasciare un'abitazione in detta casa a Sempronio?

Se questo Sempronio fosse testimonio nel testamento sarebbe essa nulla la disposizione che lo riguarda?

Il signor Durantou *1 si propone questa controversia in relazione all' articolo 975 del codice civile francese, secondo cui è nullo il testamento, se un legatario vi figura qual testimonio, e la risolve in senso affermativo.

Egli osserva con ragione che il detto Sempronio, sotto presochè tutti i rapporti, figura come un vero legatario, sebbene non riceva in certo modo direttamente dal testatore la cosa legata come una detrazione dalla di lui eredità, ricevendola però in forza unicamente della disposizione a suo favore dal detto testatore fatta; *2 e soggiunge, in maggior prova della sua opinione, che se Sempronio fosse incapace di ricevere dal testatore (come se fosse un suo figlio adulterino) la disposizione a suo favore fatta non lascierebbe di essere di nessun effetto, quantunque egli fosse capace di ricevere da Tizio erede o legatario diretto.

Ponendo in riflesso che, se altrimenti si risolvesse la controversia, nulla sarebbe più facile che di far frode alle leggi che dichiarano l'incapacità *relativa* di certe persone.

E decidendo per contro che la disposizione fatta a favore dello stesso Sempronio sortirebbe il suo pieno effetto se questo

*1 Tom. 5, pag. 51, n. 118.

*2 Ivi, pag. 86, n. 252.

fosse capace di ricevere dal testatore, quantunque siffatta incapacità gli mancasse dirimpetto al legatario Tizio, sempre per la ragione che la cosa legata egli la riceva dalla liberalità dello stesso testatore, sebbene per mezzo dell'erede o del legatario da questo nominato *1.

Adottando senza esitazione l'opinione del prelodato scrittore, ritengo che il suo modo di ragionare sarebbe tanto più applicabile alla prescrizione nel nostro articolo sancita, che esso, stabilendo che il legato fatto ad un testimonio del testamento è di nessun effetto, pronunzia contro di lui una vera *incapacità di ricevere* il lascito discusso.

Anche in questo caso il solo legato indiretto fatto a favore di Sempronio rimane senza effetto, sussistendo l'instituzione od il legato fatto a favore di Tizio per le ragioni addotte in fine della nota precedente.

Il signor Duranton esamina poscia la quistione se la caducità della disposizione fatta a favore del più volte nominato Sempronio, approfitti al legatario diretto Tizio, cui venne fatto il lascito col peso summenzionato, e non dissimulandosi la difficoltà nascente dalla indivisibilità della testamentaria disposizione, la quale rende in qualche modo condizionale l'instituzione od il legato *diretto*, e dal riflesso d'altro canto che l'incapacità di quella terza persona sia un fatto che non riguarda il detto legatario, riferisce che siffatta quistione venne in senso favorevole a quest'ultimo decisa dal Parlamento di Parigi con una sentenza del 13 maggio 1762, riferita nell'antico Denizart, v.º *Dispositions conditionnelles* *2.

5.º La maggiore o minore importanza del legato fatto a favore di colui che fu testimonio nel testamento, non influisce sulla validità o nullità del legato *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Se, come opina il prelodato scrittore, *3 la minima importanza del legato non toglie l'incapacità del testimonio legatario, quando siffatta incapacità trae seco, secondo il codice francese, la nullità dell'intero testamento con grave danno delle altre persone in esso favorite, a ben più forte ragione dovrà dirsi

*1 Ivi, pag. 112, numeri 318 e 319.

*2 Cit. loc., pag. 112, num. 319.

*3 Cit. loc., pag. 52, num. 119.

lo stesso quando l'incapacità premenzionata non pregiudica alle altre persone predette, e non produce altro effetto che quello di paralizzare la disposizione fatta a favore di colui che si espose alla suspicione della legge, intervenendo come testimonio in un atto che conteneva liberalità a suo vantaggio.

L'opinione premenzionata del signor Duranton prova quanto saviamente il Sovrano Legislatore nostro siasi dipartito dalla prescrizione contenuta nell'articolo 975 del codice francese, la quale espone alla nullità disposizioni testamentarie fatte da un proprietario, e cadenti sovra sostanze del più egregio valore, solo perchè un legatario di poche centinaia di lire sia stato inavvertentemente dal testatore, da' suoi aderenti o dal notaio richiesto a figurare qual testimonio nel testamento.

6.^o Qui, ancora, come rispetto alle incapacità stabilite nel capo II di questo titolo, insorge la quistione se l'incapacità del testimonio pronunziata dall'art. si estenda ai legati *remuneratorii* o *compensativi*, ed a quelli onerosi.

Io qui ehiamo *onerosi* i legati contemplativi del *tempo avvenire* che sono fatti ad una persona col peso di fare qualche cosa a beneficio degli eredi o dell'eredità, come di sorvegliare la liquidazione dei crediti o di un fondo di negozio, il legato fatto al nominato esecutore testamentario, e simili.

Chiamo legati *remuneratorii* o *compensativi* quelli che riferendosi al *tempo passato* sono fatti da un testatore in remunerazione di servizi che egli dice di avere ricevuti dal legatario, o di un debito che egli ammette di avere verso il medesimo.

Che il legato fatto a favore dell'esecutore testamentario sia colpito dal Senatus-Consulto *Liboniano*, egli è ciò ehc venne pronunziato dal Senato di Piemonte nella decisione ref. Gabuti, del 9 settembre 1675 nella causa Poliacchi contro Flecchia *1 ove noi leggiamo quanto segue: « Ideo definivit Senatus ob-
« stare Libonianum odio dieti Mauriti, et consequenter non
« solum esse privandum emolumento legati sua manu sibi
« adscripti, ... sed etiam munere executoris testamentarii
« una cum dicto legato in eodem testamento sibi adscripto. »

E siccome in questo articolo venne in sostanza mantenuto, rispetto al notaio che riceve il testamento pubblico, il disposto dal Senatus-Consulto *Liboniano* che, per parità di ragione,

*1 Riferita nella Raccolta del sig. Avvocato Duboin, serie dei legati, tom. 1, pag. 111.

venne esteso ai testimoni intervenuti in detto testamento, io porto opinione che, anche in oggi, se al detto notaio o ad un testimone fosse fatto un legato in remunerazione ossia coll'incarico di accettare la qualità di esecutore testamentario, siffatta disposizione rimarrebbe di nessun effetto.

Quanto al legato *compensativo*, siccome esso non sarebbe una *vera liberalità*, qualora esistesse realmente il debito dal testatore confessato verso il legatario, questo legato essendo dichiarato valido dall'articolo 836, e producendo l'effetto stabilito nell'alinea dello stesso articolo, io credo che non potrebbe alla sua efficacia ostare la commentata disposizione di legge; ma siccome, per dichiarare efficace siffatta disposizione, converrebbe dare alla medesima un senso diverso da quello che aprono i termini di *legato*, *lascito*, e simili usati dal testatore, ed il prestar fede a cotali riconoscizioni di debiti contenute nel testamento, aprirebbe troppo facile la via a far frode alla legge, io son d'avviso che non altrimenti potrebbe darsi effetto alla disposizione di che si tratta, salvo dal legatario si somministrassero dell'esistenza del confessato suo credito, giustificazioni indipendenti dal testamento; ed in questo senso venne pronunziata dalla Corte di Colmar, con una sentenza del 10 marzo 1832, citata dal signor Vazeille, *1 la nullità di un testamento in cui avea figurato come testimone un legatario di una piccola somma lasciata dal testatore in preteso compenso di un asserito suo debito verso il legatario stesso.

Quanto finalmente ai legati *remuneratorii*, sia di servizi imposti al legatario pel tempo avvenire a favore dell'eredità o degli eredi, sia di servizi dal testatore ammessi, e realmente ricevuti, il sig. Delvincourt ci richiama ad una conosciuta distinzione fra quelli che possono dare un'azione in giustizia per la ripetizione degli equitativi onorarii o salarii, quando il fatto legato non ne eccede l'importare, e quelli che lo eccedano o non producano che una semplice obbligazione *naturale*. Ed egli osserva che, nel primo di detti casi, sotto apparenza di legato, contiensi il vero soddisfacimento di un debito, il quale esclude l'applicazione della legge che stabilisce l'incapacità del legatario, e che nel secondo caso, sotto colore di siffatto sod-

*1 Tom. 2, art. 975, pag. 463, num. 2.

disfacimento, esiste una vera liberalità, un vero legato che fa luogo all'applicazione premenzionata.

Il sig. Vazbille *1, senza contendere la giustezza di tale distinzione, la combatte nel senso che essa *farebbe dipendere la validità del testamento dall'esito di una lite col testimonio sull'esistenza, sulla natura e sul valore dei prestati servizi.*

Se siffatto inconveniente si riscontra intorno al modo adottato dal sig. Delvincourt, di risolvere la ora discussa controversia, nel sistema del codice francese che dichiara nullo il testamento in cui un legatario intervenne qual testimonio, esso non ha luogo giusta il disposto dal presente articolo che dichiara soltanto *inefficace* il legato fatto al testimonio predetto, mantenendo le maggiori disposizioni in detto testamento contenute.

La distinzione perciò adottata dal prelodato scrittore può benissimo presentare una certa norma generale per decidere se un legato qualificato *remuneratorio* o *compensativo* debba o non cadere sotto la commentata disposizione, non lasciando però tale decisione di dipendere moltissimo dalle particolari circostanze dei singoli casi, e dal prudente arbitrio del giudice.

Se tuttavia, come ho rilevato nella nota 3.a qui sovra, sotto qualunque denominazione sia fatto il lascito al notaio che ricevette il testamento, od al testimonio che vi intervenne, l'istituzione od il legato rimanga inefficace, tuttavolta che esso porti il carattere di *vera liberalità*, non ne segue da ciò che *qualunque disposizione testamentaria* sia colpita dalla legge per ciò solo che la persona che essa riguarda figuri come testimonio nel testamento.

Se la disposizione non ridonda a verun utile personale dell'individuo in essa contemplato, e non presentasi che come un incarico, un peso affidatogli dal testatore a suo beneficio o di terze persone, siffatta disposizione non può chiamarsi *vero legato* a favore della persona nel testamento contemplata, la quale perciò riesce di nessun effetto se la detta persona figurò come testimonio testamentario.

Così se un testatore lascia ad un parroco, ad un sacerdote o ad altra persona una somma di danaro incaricandoli di celebrare o far celebrare con essa *altrettante messe* in suffragio dell'anima di esso testatore, questa disposizione non può chiamarsi

*1 Cit. n. 2.

un vero legato loro fatto che rimanga inefficace per ciò solo che il detto parroco, sacerdote, od altra persona abbiano figurato quai testimonii nel testamento, e che, secondo il disposto dall'articolo 975 del codice civile francese, tragga seco la nullità del testamento preinenzionato.

Così decideva la Corte d'Appello di Liegi, con una sentenza del 23 luglio 1806 riferita nel *Journal du Palais* *1 e citata dal sig. Vazeille *2; e la Corte di Cassazione sedente in Parigi, con una sentenza dell'11 settembre 1809 *3 cassava una della Corte d'Appello di Bordeaux che aveva dichiarato nullo il testamento della vedova Cornette in cui essa legava la somma di lire sessanta « a colui che sarebbe stato ministro del culto « cattolico in Nievil al tempo del di lei decesso per essere im- « piegata in preghiere pel riposo della sua anima » atteso che il sacerdote Ducluseau in cui concorrevva tale qualità al tempo, così di detto decesso, come del testamento, era uno dei testimonii intervenuti al medesimo.

Egli è vero che la Corte regolatrice, nei motivi di detta sentenza, traeva altresì argomento dacchè la disposizione fatta dalla vedova Cornette mancasse di *designazione individuale* della persona a cui dovessero le lire sessanta essere pagate; ma, in principio ed in fine di detti motivi, noi troviamo il seguente riflesso:

« Que la clause du testament de la veuve Cornette ne con-
stituait ni un legs, ni une libéralité quelconque, mais seu-
lement une charge de l'hérédité . . . D'où il suivait que le
« prêtre Ducluseau n'avait pu être considéré comme légataire
« dans le testament qu'il avait signé en qualité de témoin. »

E per lo stesso motivo che la disposizione di cui si trattava dovesse considerarsi piuttosto *comme une charge de l'hérédité, que comme un legs proprement dit*, la stessa Corte di Cassazione, con una sentenza del 17 giugno 1810 *4 rigettava la

*1 Seconda ediz., tom. 7, pag. 442.

*2 Cit. tom. 2, pag. 466, art. 975, n. 5.

*3 Riferita nella Raccolta dei Denevers, anno 1809, pag. 367, e dal sig. Grenier, tom. 1, pag. 251, n. 248.

*4 Riferita nella Raccolta del signor Denevers, an. 1810, pag. 84, dal sig. Grenier, vol. 1, num. 248, pag. 252, e dal sig. Vazeille, tom. 2, pag. 466.

domanda, in cassazione di altra proferta dalla prelodata Corte di Liegi con cui essa aveva ricusato di applicare l'articolo 975 del codice civile francese ad una disposizione del sig. Tilsman con cui egli incaricava la sua erede universale di *rimettere a ciascheduno dei quattro giornalieri, che si sarebbero trovati nella sua masseria, quattro misure di segala*, tuttochè due dei testimoni intervenuti nel testamento fossero nel novero dei giornalieri prenommati.

Ritengasi che, secondo l'uso nel luogo ove fu fatto il testamento, i giornalieri delle masserie portavano all'interramento il cadavere del loro padrone, ciò che dava alla controversa disposizione anche il carattere di onere imposto all'erede e *faciente parte delle spese funeree*.

Se le questioni decise colle preriferite sentenze insorgessero sull'applicazione del disposto dal nostro articolo, io non dubito che esse verrebbero risolte nel senso adottato dalla Corte di Cassazione di Parigi, quand'anche il legato per le messe contenesse la designazione individuale del sacerdote che fosse incaricato della loro celebrazione o di farle celebrare.

Non credo però necessario lo internarmi in maggiori discussioni sovra controversie le quali, se possono più frequentemente insorgere in Francia, ove l'incapacità del testimonia preteso legatario *trae seco la nullità del testamento*, saranno al certo ben rare presso di noi, giacchè, non trattandosi se non che dell'efficacia o non delle stesse disposizioni, sarà ben difficile che un erede voglia ricusarsi ad eseguirne di quelle simili alle disposizioni fatte dal signor Tilsman e dalla vedova Cornette.

7.º Presentate ai lettori le principali controversie che insorgere possono sull'intelligenza dei vocaboli *istituzioni* e *legati* con cui ha principio l'articolo, proseguendo la disamina di esso, richiamerò la loro attenzione alle parole « che fossero fatti in « favore del notaio, o di ogni altro *uffiziale* sì civile che mili-
« tare, marittimo, consolare od ecclesiastico che avrà ricevuto
« il testamento. »

Con queste espressioni si volle, per l'inefficacia delle disposizioni che si trovassero scritte nel testamento da essi ricevuto, comprendere, rispetto a quello menzionato nell'articolo 778, il Giudice, il Parroco, il Sindaco e coloro che ne faranno le veci, quanto al testamento fatto *sul mare* l'uffiziale comandante il ba-

stimento, le altre persone nominate nell' articolo relativo al testamento dei *militari* in spedizione, e per ultimo i Consoli e Vice-Consoli nominati nell' articolo 798.

8.° Nota che in questo articolo non si parla che degli uffiziali che riceverebbero il *testamento pubblico* e dei testimoni *al medesimo* intervenuti; la prescrizione in detto presente articolo contenuta non può adunque ricevere applicazione nè al notaio, nè al Console od al Vice-Console che abbiano ricevuto *l'atto di consignazione di un testamento segreto*.

Il motivo di quella limitazione compare ovvio, sia che si consideri essersi voluto, colla prescrizione in questo articolo sancita, mantenere il disposto dal *Senatus-Consulto Liboniano* quanto al notaio che ricevette e scrisse o fece scrivere il testamento pubblico, estendendolo ai testimoni che intervennero allo stesso testamento.

Ora il precitato *Senatus-Consulto* non fu giammai applicabile al notaio che ricevette un semplice atto di consignazione del testamento segreto, il quale non è il testamento stesso, ma un atto di forma destinato alla di lui conservazione e segretezza sinò all' epoca della morte del testatore.

Sia che voglia credersi essere stato il presente articolo (colla essenziale innovazione e variazione da me rammemorata nella nota prima qui sopra) desunto dall' articolo 975 del Codice Civile francese.

Giacchè sebbene in un primo progetto di questo articolo, la regola ivi stabilita fosse stata concepita in termini generali che potevano comprendere egualmente i testimoni intervenuti all'atto di consignazione del testamento segreto, come quelli che intervenissero al testamento pubblico, a questi ultimi venne ristretta la regola premenzionata nella definitiva redazione dell' articolo stesso, sul riflesso fattosi al Consiglio di Stato francese del grande divario che passa tra il ridetto testamento pubblico ed il semplice atto di consignazione premenzionato.

9.° Nella nota prima, all' articolo 718 ho osservato che, quando la legge stabilisce l' incapacità di certe persone di ricevere per testamento o per donazione, sarebbe essa imperfetta se non prevedesse i mezzi che possono impiegarsi per far frode ai di lei ordinamenti, coll' esercire in modo indiretto la liberalità vietata in apparente favore di persone avvinte all' incapace con legami di stretta parentela od affinità.

Quelle stesse considerazioni perciò che spinsero il Legislatore a dichiarare nel precitato articolo 718 che il padre e la madre, i figli, i discendenti ed il coniuge della persona incapace sono considerati come persone *interposte* pel medesimo, lo determinarono ad estendere in questo articolo l'incapacità ivi pronunziata del notaio che riceve il testamento pubblico e dei testimonii che vi intervengono, al coniuge ed ai parenti ed affini di essi sino al *secondo grado* inclusivamente, e così al padre ed alla madre, all'avo ed avia così paterni che materni, ai figli e nipoti di figli, ai fratelli e sorelle ed ai cognati e cognate di detti notai e testimonii, oltre il coniuge loro.

Il più volte citato articolo 975 del Codice Civile francese che, dichiarando non poter essere testimonii nel testamento pubblico, a pena di nullità di esso, i legatarii, estendeva con sommo rigore siffatta incapacità ai loro parenti od affini sino al *quarto grado* inclusivamente, ometteva di far cenno del coniuge, nominato nell'articolo 911, da cui venne desunto il precitato nostro art. 718, sulle persone interposte per un incapace.

Questo vuoto del precitato articolo 975 è così manifesto che un accreditato autore francese, malgrado il di lui silenzio sull'incapacità del coniuge del testimonio, crede che anche a quest'ultimo debba estendersi una incapacità, che trae seco la nullità del testamento *1.

Egli osserva che se il coniuge non è, propriamente parlando, un *affine*, esso è però la fonte, l'*origine dell'affinità*, e dee riputarsi compreso nel detto vocabolo *affine*; aggiunge che il coniuge in tutte le leggi è sempre posto sulla stessa linea cogli affini, e gli sembra un assurdo che il nipote di fratello di un legatario sia incapace d'intervenire come testimonio in un testamento, in cui può figurare come tale il marito della legataria.

Siffatta lacuna veramente rimarchevole non esiste nel nostro articolo.

Chiuderò le mie osservazioni sovra questo articolo notando, che gli autori francesi occupavansi della controversia se quella incapacità che l'articolo 975 di quel codice pronunzia dei *parenti ed affini* dei legatarii, possa estendersi ai loro servitori e domestici.

*1 Duranton, tom. 5, pag. 50, num. 114.

Ma il dubbio sovra di essa derivando unicamente dal disposto degli articoli 8 e 10 della legge generale sul notariato in quel reame vegliante, le dottrine e le decisioni delle Corti francesi sulla quistione precitata rimangono affatto estranee al nostro codice, ed il presente articolo non parlando dei *servitori e domestici* del notaio e dei testimonii, non potrebbe a questi estendersi un'incapacità che esso non pronunzia che contro il coniuge, i parenti, e gli affini loro, e ciò in contravvenzione, almeno per modo di argomento, alla regola generale sancita nell' articolo 700.

Avvertirò soltanto che, rispetto al testamento fatto sul *mare*, malgrado l'art. 786, la disposizione di questo articolo riesce applicabile alle persone dell'equipaggio che fossero stratte al testatore col vincolo di parentela od affinità in questo art. contemplato, *qualora esse intervenissero come testimoni nel testamento premenzionato.*

801. Saranno parimente di niun effetto le istituzioni ed i legati, fatti in favore della persona che avrà scritto il testamento sì pubblico, che segreto, salvo che la disposizione fatta in di lui favore sia stata approvata di mano dello stesso testatore, ovvero nell' atto di presentazione.

1.º Nella nota 1.ª all' articolo precedente ho citate alcune delle decisioni dei Supremi Magistrati, le quali applicarono ai testamenti *segreti*, allora chiamati di nuncupazione implicita, le disposizioni del Senatus-Consulto Liboniano, e così a colui che *abbia scritto* tale testamento, ossia la *scheda o carta* presentata al notaio e *contenente le testamentarie disposizioni.*

Io non so rendermi capace del fondamento con cui, ragionando sullo spirito di detta legge, la giustizia dell'applicazione premenzionata abbia potuto formare oggetto di seria dubbiozza.

Ed in vero, se il motivo per cui i legislatori romani dichiararono di nessun effetto le disposizioni che taluno *sibi adscript in testamento* di una terza persona, consistette nel pericolo che siffatte disposizioni vi siano intruse *in scio testatore*, io trovo maggiore pericolo di tale supposizione in uno scritto

che la persona incaricata di redigerlo scrive nel suo gabinetto, e di cui una eccessiva confidenza del testatore nella persona di detto estensore o scrittore può trattenerlo da farne lettura per non mostrarsi diffidente, che in un testamento *pubblico* che il notaio deve ricevere e scrivere sotto il suo dettame *in presenza di varii testimoni*, e di cui egli, alla loro presenza, dee darne lettura al testatore, quand' anche non si prenda in considerazione quella fede pubblica di cui il detto ufficiale è rivestito.

Avendo perciò il Sovrano Legislatore nostro saviamente diviso di mantenere in vigore le leggi romane sulla materia, era impossibile che egli non portasse la sua sollecitudine nel risolvere ogni menoma ombra di dubbietà sulla inefficacia dei legati contenuti anche in un testamento *segreto*, a favore dello scrittore di esso.

Dissi a favore dello scrittore del testamento, ossia della carta che contiene le testamentarie disposizioni, perchè, come rilevai nella nota 9 all' articolo precedente, l' incapacità di che si tratta non può estendersi al pubblico ufficiale che riceve soltanto l'atto di consegna di detta carta già estesa e scritta, chiusa e sigillata, o per chiuderla e sigillarla in presenza dei testimoni, come neppure a quelli che a quest'atto solamente intervengono come testimoni, senza sapere nè gli uni, nè gli altri cosa la stessa carta contenga.

2.º Ma disponendo in questo articolo rispetto a colui che ha scritto il detto testamento *segreto*, non isfuggiva alla perspicacia del Legislatore che l' articolo 747 non esige che il testamento pubblico sia scritto dal notaio che lo riceve.

Poter egli, a misura che il testatore gli dichiara la sua volontà, prevalersi, per la di lei redazione in iscritto, dell'opera di un praticante od altro amanuense che scriva sotto il suo dettame.

E sebbene il detto articolo 747 prescriva che la lettura del testamento pubblico sia data al testatore dal notaio, poter succedere che la predetta lettura venga in tutto od in parte ommessa, ed inesattamente narratane nel testamento l'esecuzione, od altresì che, per una colpevole collusione tra il notaio e l'amanuense che scrive il testamento, s'inserisca in esso a favore di quest'ultimo una disposizione che dalla legge sarebbe dichiarata inefficace se fosse scritta a favore del primo di essi.

Così la prescrizione in questo articolo sancita rispetto a colui che ha scritto il *testamento pubblico*, forma in certo modo il complemento di quella che il precedente articolo contiene contro il notaio che lo ha ricevuto.

Siccome poi, quando la legge dichiara inefficace ciò che è fatto contro la sua disposizione, dee essa somministrare i mezzi di giustificare la contravvenzione commessasi, io non revoco in dubbio che, se in un testamento pubblico non si fosse detto, o si fosse erroneamente espresso da chi il medesimo sia stato scritto, sostenendosi dagli eredi che un legatario ivi nominato ne sia stato lo scrittore, la giustificazione di questo fatto potrebbe somministrarsi tanto con *prova testimoniale*, come con *perizia e comparazione di carattere*.

Per quale riflesso vieppiù mi confermo nell'opinione già da me alcune volte esternata, che l'articolo 1454 sulla *prova testimoniale* contro o *praeter gli atti*, come egualmente le altre prescrizioni del Codice relative alla *materia contrattuale*, e contenute nel titolo VI del presente libro III, siano difficilmente applicabili alla *materia testamentaria*.

3.º Dopo di avere fatto cenno del testamento pubblico e dello scrittore di esso, dispone principalmente l'articolo sull'inefficacia del legato contenuto in un testamento *segreto* a favore di colui che lo ha scritto.

Testamento segreto viene particolarmente chiamato nell'articolo 750 quello che veniva precedentemente indicato col nome di *testamento mistico o di nuncupazione implicita*.

Nella sezione seconda di questo capo IV, ove si dispone intorno ai testamenti presentati ai Senatori od ai Tribunali di prefettura, i predetti testamenti non vengono giammai indicati col nome di *testamenti segreti*, tuttochè essi, come i testamenti di questa specie, debbano essere presentati *chiusi e sigillati*.

Siccome però questi testamenti, egualmente che quelli *segreti* previsti dagli articoli 750 e 751, possono essere scritti da un terzo e solamente sottoscritti dal testatore (art. 760), negli uni del pari che negli altri può succedere che essi contengano qualche istituzione o legato a favore del loro scrittore.

Da quanto ho qui sovra osservato ne seguirà egli forse che il presente articolo non sia applicabile ai predetti testamenti *archiviati*? Una tale pretesa sarebbe a mio avviso destituita di ogni ombra di fondamento.

Il primo luogo perchè, quando la legge parla di un testamento segreto, e non tassativamente di quello menzionato nell'articolo 750, essa dee intendersi comprendere tutti quelli che, come presentati chiusi e sigillati, sono realmente segreti.

In secondo luogo perchè, non essendovi dubbio che anche in detti testamenti presentati ai Senatori ed ai Tribunali, possano commettersi le frodi e supposizioni a cui volle ovviare il Legislatore coll'incapacità nell'articolo sancita, supponendo per un momento che il vocabolo *segreto*, di cui in esso, non potesse rigorosamente applicarsi ai testamenti *archiviati*, militerebbe sempre, per l'applicazione ai medesimi del disposto in detto presente articolo, la regola generale stabilita nell'articolo 15.

In terzo ed ultimo luogo perchè, se, come pronunziava il Senato di Piemonte nella decisione 9 settembre 1675, ref. D. Gabuti citata nella nota 6.^a all'articolo precedente, vers. *nec relevant*, il Senatus-Consulto Liboniano era considerato applicabile ai testamenti *archiviati*, non vedesi il motivo per cui lo stesso non debba dirsi del disposto in questo articolo, con cui (e col precedente) in sostanza si vollero mantenere le prescrizioni dello stesso Senatus-Consulto.

4.^a Più grave a primo aspetto sembra presentarsi la controversia cui possono dar luogo i termini dell'articolo dicenti: « Saranno parimente di niun effetto le istituzioni ed i legati « fatti in favore della persona che avrà scritto il testamento... « segreto, sul punto se questa disposizione debba ristrettivamente applicarsi a colui che abbia scritta *la minuta in carta da bollo* del testamento segreto sottoscritta dal testatore, e « per esso presentata al notaio ».

Può facilmente avvenire che colui il quale vuole disporre delle sue sostanze per mezzo di un testamento segreto che egli intende di presentare ad un notaio, ovvero al Senato, od al Tribunale di prefettura, incarichi una terza persona, od il suo consulente, a cui egli partecipa le sue intenzioni, di redigerlo; che quella terza persona, dopo di averne esteso nell'interno del suo gabinetto, ed a suo bell'agio lo *abbozzo in carta libera*, lo consegna ad un amanuense per farlo copiare in *carta da bollo*, e che siffatto testamento, in cui l'estensore iscriverà le migliori clausole di approvazione, sottoscritto di *confidenza* del testatore (senza la speciale approvazione di cui infra), sia

da lui presentato al notaio, il quale ne riceva il regolare atto di consignazione.

Se questo testamento contenesse un legato a favore di una persona dalla quale gli eredi che lo impugnano giustificassero essere stato il premenzionato di lui *abbozzo esteso e scritto*, potrebbe questa evadersi all'applicazione dell'articolo, solo perciò che essa *non abbia scritta la minuta in carta bollata della scheda stata presentata al notaio?*

Io non potrei farmi a credere che siffatta quistione potesse essere dai Magistrati decisa in senso favorevole al legatario estensore di quel testamento; essa trovasi attualmente sottoposta alla decisione del Senato in questa capitale sedente in una causa da me patrocinata, e per la qualità delle persone, vertente nanti il Supremo Magistrato in primo ed ultimo grado di cognizione, nella quale gli eredi legittimi e testamentarii, invocando il Senatus-Consulto Liboniano, impugnano cospicue largizioni contenute a favore di quella persona che essi sostengono essere stata l'*estensore* del testamento paterno, e *scrittore* dell'abbozzo in carta semplice del medesimo.

E desumendo un principio di prova di questa circostanza da una perizia seguita sovra alcune parole della minuta in carta bollata della scheda testamentaria, deducono capitoli per provare che l'attore legatario, in epoca prossima alla presentazione del testamento, chiamò a sè la persona nominanda, ed esibendogli uno scritto tutto vergato di suo carattere ben noto alla detta persona, dicendogli che quello scritto era il testamento del M. N. N., lo incaricò di farne una copia in carta libera, ciò che fu da lui eseguito; e che mentre lo scritturale stava facendo la detta copia, il legatario attore fece sovra quell'abbozzo alcune aggiunte e variazioni.

I vocaboli *avrà scritto il testamento segreto*, impiegati nell'articolo, essendo identici con quelli impiegati dai legislatori e giureconsulti romani contro coloro che *sibi adscribunt* nei testamenti, io sono così persuaso che la decisione, la quale avrà luogo in questa importante causa, sull'intelligenza del Senatus-Consulto Liboniano, fisserà la giurisprudenza sul senso della nuova legge, che crederei di mancare ai doveri dell'incarico che mi sono assunto, se non ponessi a notizia de' miei lettori un sunto dei principali argomenti da me esposti al Magistrato Supremo, ed assecon dati dal voto dell'ufficio dell'Avvo-

ato Generale, sperando che prima che questa parte del mio lavoro vada sotto i torchi, potrò anche far conoscere la decisione che sarà per emanare.

Io poneva adunque (ragionando in detta causa) sotto gli occhi del Magistrato il motivo ed il fine della legge dagli eredi invocata, consistente nel pericolo che le istituzioni e legati in discorso vengano inseriti nel testamento *inscio testatore*, e nella necessità di ovviare a siffatte supposizioni con una presunzione legale, tuttavolta che il testatore non l'ha distrutta colla sua dichiarazione espressa, di cui ragionerò nella nota seguente.

Ed al certo quel motivo e quel fine militano egualmente quando l'estensore e scrittore della prima minuta in carta libera del testamento senza intervento del testatore, la fece copiare in carta da bollo per essere, previa sottoscrizione di esso, consegnata al notaio.

Io invocava quindi il generale principio di diritto, secondo cui *qui per alium facit, per se ipsum facere videtur*, principio questo, secondo me, applicato dal giureconsulto Callistrato nella legge 15 *De lege Cornelia, de falsis*; ed osservava che il prelodato giureconsulto rispondendo « *Scribere sibi legatum videri non solum eum qui sua manu id facit, sed etiam qui per servum suum, vel filium quem in potestate habet dictante testatore legato honoratur* » non considerò gli effetti della potestà paterna o dominicale; ma considerò unicamente essere indifferente al motivo ed al fine della legge che il legatario abbia scritto di propria mano il testamento, o lo abbia fatto scrivere da una persona la quale non avesse nè volontà, nè interesse di non eseguire i suoi voleri esattamente.

Io ravvisava infine assurdo il credere che i romani legislatori i quali avevano come sovra cercato di evitare i mezzi *indiretti* con cui si potesse far frode al *Senatus-Consulto Liboniano*, avessero voluto lasciare ai pretesi legatarii scrittori dei testamenti così piana la via di sottrarsi al di lei impero, facendo materialmente copiare da un terzo il testamento per essi a loro bell'agio, e senza la presenza del testatore compilato e scritto.

L'uffizio dell'Avvocato Generale nelle sue conclusioni del 21 marzo dell'anno 1840, arridendo alle eccezioni opposte dagli eredi alle domande fondate sui legati in contesa, ravvisava del pari una ripugnanza a credere che una legge fatta

per allontanare le frodi, lasciasse così facile campo ad illuderne il disposto, come accadrebbe se bastasse a tale oggetto il far copiare da un amanuense la scheda testamentaria.

Citava contro un siffatto sistema i principii consacrati nelle leggi 12 e 13 *De legibus*, rispondendo al contrario argomento che volesse desumersi, dacchè la disposizione del Liboniano sia odiosa ed in certo modo penale, coll' esempio desunto dalla legge 7, *De Iurisdict*; e sembravagli anche decisiva in proposito la precipitata sentenza di Callistrato che egli intendeva del pari nel senso qui sovra spiegato.

Se la quistione si presentasse sull' intelligenza di questo articolo io aggiungerei agli argomenti qui sovra svolti quello che somministra l' articolo stesso, combinato col precedente e con l' articolo 747, a corredo dell' applicazione alla quistione predetta, del qui sovra accennato principio *qui per alium facit per se ipsum facere videtur*.

Noi abbiamo veduto che il precipitato articolo 747 non esigendo che il testamento *pubblico* sia scritto dal notaio che lo riceve, nulla osta che egli lo faccia scrivere da un praticante od altra persona sotto il suo dettame.

Siccome perciò può avvenire che il detto testamento pubblico, o sia *ricevuto e scritto* dal notaio, o soltanto dal medesimo *ricevuto e fatto scrivere* da un terzo, se la materiale scritturazione fosse necessaria per far luogo al disposto della legge, il detto precedente articolo avrebbe dovuto dire in favore del notaio che *avrà scritto* e non in favore del notaio che *avrà ricevuto* il detto testamento pubblico.

Il presente articolo sancisce l' inefficacia del legato anche contro il *semplice scrittore* del testamento, *se a di lui favore trovasi scritto detto legato*: e ciò pei motivi addotti nella nota 2.^a qui sovra; ma ciò non toglie che, se a favore anche del notaio che *ha ricevuto* il testamento *senza scriverlo*, od a favore di lui soltanto trovisi scritto un legato, questo sia dall' articolo precedente colpito d' inefficacia.

Ora per niun altro motivo il Legislatore ha potuto riconoscere, rispetto al notaio che *ha ricevuto* il testamento, una perfetta identità tra lo averlo egli scritto e lo averlo fatto scrivere da un terzo, se non perchè, nello spirito della legge, ciò non forma oggetto di divario essenziale alla di lei applicazione.

La sentenza che ho qui sovra preconizzata, venne dal Senato

di Piemonte profferta il 20 novembre dello scorso anno 1840 a relazione del sig. Senatore Alasia.

I luminosi e stringenti riflessi che la dettarono, la rilevanza degli articoli in diritto che essa decide, l'applicabilità di questa decisione, tuttochè emanata, come sovra, sul Liboniano, all'intelligenza a darsi alla prescrizione in questo articolo contenuta, mi spingono a riferirla testualmente.

A schiarimento della seconda parte di essa prevengo i miei lettori che, nella scheda testamentaria di che si trattava nella narrata causa, trovavasi inserta una clausula portante che « gli eredi in essa nominati (figli del testatore) dovessero accettare l'eredità quali eredi puri e semplici, ed eseguire *religiosamente tutte le disposizioni fatte in quel testamento, e dovessero, nel termine perentorio di giorni venti dall'apertura del testamento, dichiarare se accettavano l'eredità con tutte le sovrascritte condizioni e farla significare agli esecutori testamentarii* » fra i quali figurava il legatario che si pretendeva estensore e scrittore di detta scheda.

In difetto di quale accettazione e dichiarazione veniva revocata l'istituzione fatta a favore di detti figli con sostituzione di altro erede, ed essi non erano più istituiti che nella pura e mera legittima loro dovuta.

Che siffatta dichiarazione veniva passata dai più volte nominati eredi con atto giudiziale del 21 maggio 1856 e notificata all'esecutore testamentario, il quale nella causa ne traeva argomento per dire che non fosse ammissibile l'eccezione del Senatus-Consulto Liboniano per essi opposta ai legati di cui chiedeva l'esecuzione.

« Considerando (così in detta decisione) che la principale « fra le eccezioni dai signori (eredi) opposte alla domanda (del « legatario) proposta pel conseguimento dei legati in di lui favore istituiti dal defunto marchese NN. (il genitore di detti « eredi) nel suo testamento di implicita nuncupazione 14 aprile « 1835, sta appoggiata alle disposizioni del Senatus-Consulto « Liboniano. »

« Che, quantunque quel Senatus-Consulto sia concepito di « quel legatario che *abbia scritto di sua mano e carattere il « testamento, deve ciò non di meno applicarsi anche a colui « che sia stato l'estensore della minuta del testamento, e « l'abbia indi fatta egli stesso ricopiare da altra mano, sia*

« secondo il noto principio *quod quis per aliam facit per se ipsum facere videtur*; sia perchè la legge che ha voluto oc-
 « correre alle frodi deve intendersi che abbia voluto e voglia
 « altresì occorrere ai mezzi coi quali le medesime possano es-
 « sere velate, onde non si rendano illusorie le disposizioni di
 « essa; sia finalmente perchè non essendo il detto *Senatus-Con-*
 « sulto una legge meramente penale, ma penale mista, poichè
 « contiene la pena del falso ed insieme la perdita della cosa
 « legata, niente osta a che, occorrendovi la stessa ragione, si
 « estenda da caso a caso, sì e come la estese il giureconsulto
 « nella legge 10 *De Lege Cornelia, de falsis* al caso in essa
 « proposto, sebbene dal *Senatus-Consulto* nè indicato, nè com-
 « preso; »

« Considerando che alla prova del suddetto estremo tendono
 « appunto i quattro ultimi capitoli per detti signori (eredi)
 « dedotti nella comparizione del 21 marzo 1838. »

« Che qualora venissero essi a riuscire in detta prova, li
 « legati in favore di detto (legatario) istituiti, debbono a-
 « versì per disposizione di detto *Senatus-Consulto*, come non
 « scritti; »

« Che perciò la dichiarazione da detti signori (eredi) emessa
 « di voler cioè eseguire le disposizioni tutte del testamento pa-
 « terno, non può estendersi a quelle che non vi sono scrit-
 « te, e sebbene scritte sono dalla legge dichiarate come non
 « scritte; »

« Che non può in conseguenza venire ai medesimi opposta
 « una tale dichiarazione, come ostacolo all'esperimento dell'ec-
 « cezione del *Senatus-Consulto Liboniano*, giacchè, disposti
 « ad eseguire quanto trovasi scritto nel testamento, ricusereb-
 « bero soltanto di eseguire quel che per comandamento della
 « legge vi fu cancellato; »

« Per questi motivi ha dichiarato e dichiara doversi ammet-
 « tere, come ammette i quattro capitoli per detti signori (eredi)
 « dedotti nella comparizione del 21 marzo 1838, spese riser-
 « vate. »

Questa sentenza, come ognun vede, senza veruna conside-
 razione di fatto, decide in mero diritto

1.^o Che il *Senatus-Consulto Liboniano*, e così anche la pre-
 scrizione in questo articolo sancita che dichiara di niun effetto
 le istituzioni ed i legati fatti in favore della persona che avrà

scritto il testamento segreto, riceve applicazione parimente « a colui che abbia estesa la minuta della carta o scheda testamentaria, e l'abbia quindi fatta egli stesso ricopiare da « altra mano in carta bollata per la di lei presentazione al « notaio. »

2.º Che se nel testamento impugnato per le cause surriferite trovasi inserta una clausula con cui il testatore abbia obbligati i suoi eredi a dichiarare se accettino l'eredità con tutte le condizioni nel testamento scritte; siffatta dichiarazione per essi emessa non può formare un legale ostacolo a che i medesimi si prevalgano contro il legatario scrittore come sopra, dell'eccezione derivante dal *Senatus-Consulto Liboniano*, e dalla disposizione in questo articolo contenuta.

5.º Nella legge 5.ª Cod. *De his qui sibi adscribunt in testamento* noi leggiamo: « Si testator codicillis quos scripsisti « legatum quoque seu fideicommissum reliquisse tibi sua manu « adscripsit non videris in poenam *Senatus-Consulti* incidisse ».

E nel § 1.º della già citata legge 15 *De Lego Cornelia*, *de falsis*, il giureconsulto Callistrato così esprimevasi: « Plane « constitutionibus principalibus cavetur, ut si testator specialiter « subscriptione sua declaraverit dictasse servo alicuius ut domino eius legatum ab haeredibus suis daretur, id valere: nec « *generalem subscriptionem* valere adversus *Senatus-Consulti* « auctoritatem, et ideo legatum pro non scripto habendum ».

Siffatta disposizione si vede rinnovata nel presente articolo, il quale non altrimenti dà forza ed efficacia all'istituzione od al legato contenuto nel testamento a favore dello scrittore di esso, salvo che « la disposizione fatta in di lui favore sia stata *ap-
provata di mano dello stesso testatore*, ovvero nell'atto di « presentazione ».

Non giova dunque contro la disposizione della legge, che nella scheda testamentaria trovisi scritto per esempio « averla « il testatore letta ed esaminata siccome scritta da altra persona, ed avendo riconosciuto contenere essa la verità, averla « sottoscritta anche in ciascuna facciata ».

Cotesta clausula ed altrettali non contenendo che una *generale conferma* del testamento, *generalem subscriptionem*, non può equivalere a quella approvazione della disposizione fatta a favore dello scrittore del testamento, a quello *specialiter de-*

claraverit, che la legge antica ed il presente articolo esigono per l'efficacia dell'instituzione o del legato.

Ed ovvio si presenta il motivo per cui l'eccezione che la legge fa alla sancita regola generale viene così limitata, nella facoltà che altrimenti avrebbe lo scrittore del testamento di sottrarsi all'impero della legge, inserendo nella scheda testamentaria di sua mano clausule siffatte che, nella presunzione di detta legge, il testatore che sottoscrive *di confidenza* il testamento non avrebbe lette meglio che le disposizioni che esso racchiude.

Per dare adunque effetto alle istituzioni o legati fatti a favore dello scrittore del testamento conviene che il testatore, a calce della scheda testamentaria, *scriva di sua mano e caratteri che egli approva le disposizioni* in essa contenute a favore dello scrittore predetto, o quanto meno che nell'atto di consegnazione di quella carta al notaio egli dichiari non solo che essa contiene il suo testamento, ma di più soggiunga « di averlo fatto scrivere da una terza persona, e di approvare le disposizioni che esso contiene a favore della persona stessa ».

L'eccezione alla regola generale nell'articolo sancita essendo ammessa in modo tassativo, io credo che alla speciale approvazione che esso esige, non potrebbe supplire la dichiarazione generale prescritta dagli articoli 752 e dal secondo alinea dell'articolo 750, nei casi in quegli articoli menzionati.

E tanto meno potrebbe, a mio avviso, supplirvi la *prova testimoniale* che il legatario scrittore volesse somministrare della pretesa volontà del testatore conforme al legato, o qualunque altro incumbente diretto a tale scopo.

Diffatti nella causa della vedova Costa contro il Felice Valletti, nella quale emanò la sentenza del 13 aprile 1821 da me riferita nella nota prima all'articolo precedente, il Senato non soffermossi ai capitoli dal detto Valletti dedotti all'oggetto di giustificare propositi tenuti dall'avvocato Darbesi sulla di lui intenzione, prima manifestata e quindi realizzata, di ricompensare le attenzioni dal detto legatario usategli.

E rigettava le istanze dello stesso Valletti per la verifica-
zione, col mezzo di perizia, di alcune annotazioni che diceva fatte di mano e carattere del testatore sovra un abbozzo del testamento scritto anche dal Giacomo suo figlio, e contenente a

di lui favore le stesse disposizioni che dalla vedova erede venivano impugnate.

6.° Dissi nella nota precedente che, se il testatore non avrà a calce della carta testamentaria scritta di sua mano l'approvazione speciale delle disposizioni testamentarie che a favore dello scrittore essa contiene, dee il testatore *dichiarare*, nell'atto di consegna *al notaio*, che esso approva siffatte disposizioni.

Chè io non credo sia necessario che tale dichiarazione sia dal testatore *scritta di sua mano e carattere* nell'atto predetto di consegna, supplendo alla *scritturazione* per esso della *speciale* approvazione dalla legge voluta, la fede meritata dal notaio e la deferenza concedutagli dalla legge stessa, quando egli, nell'atto di consegna del testamento segreto, attesta che il testatore, presentandogli la carta contenente le disposizioni per esso fatte, dichiarogli non solo che il contenuto in quella carta è il suo testamento, ma altresì di confermare le disposizioni in esso contenute a favore dello scrittore della carta medesima.

7.° Ma qui dal confronto di questo col precedente articolo possono nascere due controversie a prima giunta assai gravi; esse sono le seguenti:

Il detto presente articolo, quanto alle istituzioni e legati fatti a favore della persona che avrà scritto il testamento sì pubblico che segreto, non rinnova la prescrizione estensiva contenuta nell'articolo precedente che dichiara « essere lo stesso delle « istituzioni e legati fatti in favore del coniuge o de' parenti « od affini delle persone sovranominate, sino al secondo grado « inclusivamente ».

Da questo silenzio della legge potrà forse derivarsene la conseguenza che le istituzioni ed i legati fatti a favore di detto coniuge, dei parenti od affini sino al secondo grado inclusivamente di colui che ha scritto il testamento sì pubblico che segreto, siano efficaci?

Seconda quistione: il detto presente articolo, quanto alle istituzioni e legati fatti a colui che ha scritto il testamento, fa eccezione alla regola generale della loro inefficacia, se il testatore ne faccia una *speciale approvazione* nel modo ivi stabilito: siffatta eccezione non si legge nell'articolo precedente.

Ne seguirà egli da ciò che non possa il testatore rendere ef-

ficaci l'istituzione ed il legato fatti al *notaio* che ha *ricevuto* il testamento pubblico, apponendo in esso, prima della sua sottoscrizione, di sua mano e carattere la speciale approvazione summenzionata?

E che non possa rendere efficaci le istituzioni ed i legati fatti in detto testamento ai *testimoni* che sono in esso intervenuti, *dichiarando egli al notaio di confermarle specialmente* quando il notaio predetto il quale di siffatta approvazione ne faccia menzione nel testamento?

Sulla prima di dette quistioni io ritengo che il vocabolo *parimente*, con cui il presente articolo incomincia, indica che il Legislatore volle stabilire una *perfetta parità* fra le istituzioni ed i legati previsti in *amb*i gli articoli, parità la quale sembra doversi estendere alle persone che la legge reputa *interposte* pel legatario incapace.

Che in una legge diretta ad evitare le frodi e supposizioni che possono commettersi nei testamenti così segreti come pubblici, non sembra inverosimile che il Legislatore volesse, quanto ai primi, lasciare aperta la via ad eludere il di lei disposto con quella *interposizione di persone* che egli prevedeva rispetto ai secondi, ed in altri casi, d'incapacità personali di ricevere per testamento, ponendo nella stessa linea le liberalità della persona incapace, e quelle che riflettono altre persone *riputate interposte per essa*.

Sulla seconda di dette controversie è da riflettersi che l'incapacità, pronunziata nel precedente articolo; del notaio e testimoni, è fondata, come quella stabilita nel presente articolo di colui che ha scritto il testamento, sovra una *presunzione legale* che siano men vere e suppositizie le largizioni a loro favore fatte.

Che l'articolo 1465 ammette la prova contraria alla presunzione legale quando essa è dalla legge autorizzata, e maggiormente quando essa è riconosciuta consistere in un fatto, in una dichiarazione di colui sulla cui supposta intenzione cade la presunzione summenzionata.

E non esistervi motivo per cui questa prova contraria riconosciuta col presente articolo, rispetto al testamento *segreto*, nella dichiarazione del testatore sulla verità delle istituzioni o dei legati in detto testamento scritti, non sia ammessa parimente quando trattasi del testamento *pubblico*.

Questi riflessi aggiunti alle regole generali di *applicazione* della legge contenute nelle leggi 12 e 13 *De legibus*, rammentate nelle conclusioni dell'Ufficio dell'Avvocato Generale citate nella nota 4.a qui sovra, mi portano a credere,

1.° Che l'incapacità del coniuge, dei parenti od affini sancita nell'articolo precedente, riceva applicazione al coniuge, ai parenti od affini di colui che *ha scritto* il testamento sì pubblico che segreto.

2.° Che cessi parimente l'inefficacia delle istituzioni o dei legati fatti al notaio che ha ricevuto il testamento, ai testimoni intervenuti in esso, ed al coniuge, ai parenti ed affini dei medesimi, qualora il testatore abbia *specialmente approvate* quelle disposizioni nei modi da me qui sovra accennati.

802. Le formalità alle quali sono soggetti i diversi testamenti, e le relative note o schede testamentarie in forza delle disposizioni contenute negli articoli 745, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 754, 755, 756, 760, 770, 776, 778, 782, 783, 785, 792, 793, e 798 dovranno osservarsi a pena di nullità del testamento.

1.° Nella decisione del Senato di Nizza del 5 settembre 1821, referente D. Guiglia, nella causa Barbera contro Repetto *1, noi leggiamo quanto infra: « *Supremi patres animadvertēbant testamenti formam, quod omnes fatentur, ad jus publicum pertinere* *2, eamque ita individuum censendam et restrictivae interpretationi obnoxiam, ut si quid vel minimum ipsi desit, testamentum ipso iure nullum sit declarandum *3 quod et ipse gallorum Codex expresse declarat *4, et testamentorum forma privatorum pactionibus non laeditur ».

*1 Riferita nella Raccolta del signor Avvocato Duboin, serie dei testamenti, vol. 1, pag. 396, e seguenti.

*2 Leg. 13, cod. *De testibus*; leg. 3, *Qui testam. facere possunt*, Faber, in cod., lib. 8, tit. 4, def. 5

*3 Leg. 12, cod. *De testam.*; leg. 1, *De iniusto, rupto, irritato facto testamento*.

*4 Art. 1001.

Non fu nuova adunque la prescrizione sancita nell'articolo 1001 del Codice civile francese portante che « Le formalità « alle quali i diversi testamenti erano assoggettati dalle disposizioni di quella sezione e della precedente *1 dovessero essere osservate a pena di nullità », e non presentavasi motivo per cui eguale disposizione non dovesse essere nel nostro Codice sancita come essa lo fu in questo articolo.

Il precitato articolo del Codice francese, abbracciando in una sola orazione tutte le formalità prescritte dalle disposizioni contenute in queste due sezioni, poteva però far nascere il dubbio se l'inosservanza di alcune di dette prescrizioni, come per esempio di quelle sanzionate negli articoli 991, 992 e 993 di quel Codice (a cui corrisponde il nostro articolo 788) trasse seco la nullità del testamento.

Onde torre ogni dubbio di questa fatta vennero nel nostro articolo annoverati ad uno ad uno gli articoli che il sovrano nostro Legislatore considerò prescriventi solennità da osservarsi nei varii testamenti e nelle note testamentarie, la cui inosservanza importasse la nullità loro.

Precauzione la quale rendevasi tanto più indispensabile nel nostro Codice il quale mantiene ed estende la facoltà di fare testamenti presentati ai Senati ed. ai Tribunali di prefettura, determina le forme da osservarsi nelle note testamentarie, e rispetto a queste, come sopra tutti i testamenti così pubblici e segreti che meno solenni, contiene prescrizioni dirette alla *conservazione loro*, la cui inosservanza non dee trarre seco la nullità di un atto che fu fatto con tutte le solennità dalla legge volute.

Nel commentare gli articoli contenuti nelle quattro precedenti sezioni, sonomi fatto carico di segnalare quelli che nel presente trovansi annoverati, e le cui prescrizioni devono perciò osservarsi a pena di nullità: sarebbe soverchio il qui ripetere quali siano le formalità a cui esso si riferisce.

2.^o Sull'intelligenza di questo articolo ho sentito eccitarsi un dubbio, la cui risoluzione mi sembra ovvia e facile; esso è il seguente:

*1 Intitolata la prima di esse: *Delle regole generali sulla forma dei testamenti*, e la seconda *Delle regole particolari sulla forma di certi testamenti*.

« Le formalità (ivi si dicè) alle quali sono soggetti i diversi testamenti, e le relative note o schede testamentarie in forza delle disposizioni contenute negli articoli . . . (e fra quelli ivi annoverati si comprende l' articolo 776 relativo alle predette note testamentarie) dovranno osservarsi a pena di nullità del testamento. »

Il difetto di menzione di dette note, in questi ultimi vocaboli dell' articolo parve a taluno lasciare un dubbio se i magistrati e tribunali potranno dichiararle nulle quando nelle medesime siano state ommesse le formalità prescritte dal precitato articolo 776.

Ma siffatta dubbiezza sarà ben tosto dissipata se si pon mente che le note testamentarie sortendo effetto come *parte del testamento* in forza della riserva che in esso ne è fatta dal testatore a mente del succitato articolo, la disposizione che abbraccia il tutto, comprende anche le parti di cui esso in certi casi si componga; e di fatto nella versione francese del nostro codice noi veggiamo concepito il nostro articolo nei termini seguenti: « On devra, sous peine de nullité, (in generale) observer les formalités, auxquelles sont soumises les différentes espèces de testaments, et les notes testamentaires, qui s'y rattachent, en vertu des dispositions comprises dans les articles . . . ».

3.º Nelle note 2 e 4, all' articolo 747, ho trattato dell' *equipollenza* nelle menzioni fatte dal notaio dell' adempimento delle formalità dal codice prescritte rispetto ai testamenti *pubblici*.

Nella nota 8 all' articolo 751 ho fatto cenno di tale equipollenza nelle espressioni usate dal notaio nel riferire, nell' atto di consegnazione del testamento segreto, l' esecuzione data al disposto di detto articolo.

Rimandando i miei lettori alle cose dette, alle dottrine svolte, ed alla giurisprudenza adottata in ordine all' uso dei termini *equipollenti*, delle quali sarebbe vana la ripetizione, dirò soltanto che il presente articolo disponendo che le formalità alle quali sono soggetti i diversi testamenti e le relative note testamentarie in virtù dei citati articoli, dovranno osservarsi a pena di nullità, non intese al certo di rendere *sacramentali* le espressioni con cui in detti articoli venne concepita la menzione a farsi dell' adempimento delle stesse formalità;

Purchè le espressioni usate dal notaio o da altro ufficiale autorizzato in particolari casi a ricevere testamenti pubblici o segreti, indichino in modo certo e positivo che egli esegui il prescritto della legge, sarebbe eccessivo rigore quello di annullare un atto così importante quale si è il testamento, solo perchè egli non abbia fatto uso delle sacramentali parole nei relativi articoli contenute.

Richiamerò la distinzione stabilita nella nota 13 al citato articolo 751, e riconoscendo che il decidere sulla sufficienza o non dei termini equipollenti di cui si tratta dipende dal savio e prudente arbitrio del Giudice, quanto all' *osservanza delle formalità* in termini chiari e positivi stabilite dalla legge per la validità dei testamenti e delle note testamentarie, dirò col signor Duranton nelle sue osservazioni sull' articolo 1001 del codice civile francese:

« Rien n'est donc laissé aux juges en cette matière... tout ce qui tient à la forme des actes est resté dans le domaine de la loi, dont ils ne sont que les organes. Leurs fonctions à cet égard se bornent à juger sans faiblesse et avec discernement si ses commandemens ont été observés. »

4.º Dai principii rammentati nella nota precedente ne deriva che ben raro deve essere il caso in cui si ammetta *la prova testimoniale nella materia testamentaria*.

Nelle note 18 e 21 all' articolo 701, nella nota 3 all' articolo 755 e nella nota seconda all' articolo 756, ho accennato alcuni dei principali casi in cui siffatta prova è ammissibile in tale materia.

Ma lo stesso non sarebbe giammai di quella prova testimoniale con cui si volesse giustificare l' osservanza in un testamento sì pubblico che segreto o meno solenne, di quelle formalità che la legge esige per la validità loro.

Qualunque presunzione estranea al testamento, qualunque prova per testimoni che si volesse somministrare dell' adempimento di formalità, di cui la legge non ammette possa altrimenti risultarne che nei modi da essa stabiliti, non può supplire alla loro inesecuzione, e qualunque prova si abbia o possa aversi dell' *identità* di un testamento segreto, e così di una carta testamentaria consegnata al notaio od altro pubblico ufficiale autorizzato a riceverla, non potrebbe più in oggi permettere al giudice di dichiarare valido tale testamento, qua-

lora non siansi osservate quelle formalità, nel di cui esatto adempimento il Legislatore ha soltanto creduto di trovare una morale certezza di tale identità, come ho rilevato nella nota prima al già citato articolo 751.

5.° Il signor Vazeille, nei suoi commenti all'articolo 1001 del codice civile francese, si occupa diffusamente, come di una specie di conseguenza della disposizione in esso contenuta, della controversia se i notai siano contabili dei danni cagionati alle parti interessate dalla nullità dei testamenti per essi ricevuti, avuto riguardo all'ommissione delle formalità dalla legge loro prescritte, e giusta il maggiore o minor grado di colpa e negligenza che siffatta ommissione caratterizzi nell'esercizio delle loro funzioni.

Egli riferisce sovra tali questioni le divergenti opinioni dei migliori scrittori francesi, non meno che le decisioni sovra di esse emanate dalle Corti Superiori di quel reame, fra le quali alcune riguardanti, non i testamenti, ma bensì le formalità di rigore stabilite dalla legge francese sul notariato, rispetto agli atti pubblici contenenti le *convenzioni*.

Sebbene presso di noi ben rari siano i casi in cui l'ommissione delle formalità prescritte dalle leggi e dai regolamenti veglianti per gli altri atti ricevuti da notai possa trarne seco la nullità, siccome siffatta controversia raggrarsi principalmente sull'applicazione degli articoli 1500 e 1501, me ne occuperò commentandone il loro contenuto; al che maggiormente mi spinge l'idea che, avanti che io giunga a questa parte dell'intrapreso lavoro, qualche decisione dei Magistrati nostri Supremi sovra siffatta importante quistione, possa avere su di essa fissata la giurisprudenza.

6.° Ma prima di passare alla disamina delle disposizioni del nostro codice che riflettono l'*intrinseco* degli atti d'ultima volontà, e così l'istituzione d'erede, i legati, ed il diritto d'accrescimento, le sostituzioni, l'apertura e pubblicazione dei testamenti, e la revocazione dei testamenti predetti, materie queste che esigono ampie illustrazioni e discussioni, io non voglio omettere, seguendo anche le tracce di alcuni autori francesi, di occuparmi di una controversia agitatissima da que' scrittori antichi e moderni, in vario senso decisa dalle Corti di quello Stato; e tolta di mezzo dal Sovrano Legislatore

nostro con due parole aggiunte ad un articolo del codice civile francese trapiantato nel nostro.

Trattasi di vedere « quali atti per parte di colui che impugna come nullo il testamento *siano sufficienti a coprirne la nullità* ed a paralizzare il diritto di farla valere. »

Comincerò riferire in proposito le opinioni adottate dagli scrittori predetti, e quindi rapporterò alcune decisioni emanate sovra la quistione proposta.

Il signor Duranton *1 la risolve con una distinzione fra le nullità del testamento *non risultanti dall'atto*, come per esempio quella derivante dall'ineapacità di uno dei testimoni nel medesimo intervenuti, e la nullità apparente *dal testamento medesimo* per omissione delle formalità dalla legge prescritte.

Nel primo caso egli crede che l'esecuzione data dall'erede legittimo al testamento non ne copre la nullità, invocando all'appoggio la legge 2 *De condict. indebiti*, la quale, secondo lui, ne contiene la decisione espressa, citando inoltre il Voët nello stesso titolo.

Nel secondo caso egli entra in sentimento che gli eredi eseguendo il testamento nullo, ne opererebbero la conferma, e che *difficilmente* sarebbero ammessi a far valere un errore che sarebbe *di diritto* non proponibile, giusta il noto principio *error iuris neminem excusat*; ma il signor Vazeille confuta la prima proposizione del prelodato autore che dice inammissibile, malgrado la contraria opinione del Voët *2.

Egli osserva che la legge invocata dal signor Duranton decide soltanto che, quando un erede ha pagato un legato con riserva di ripeterlo se non sia dovuto, ovvero se sia riducibile, siffatta convenzione dee eseguirsi, ciò che sia ben lontano dalla quistione discussa.

Il signor Grenier *3, il quale tratta più diffusamente questa controversia *4, comincia con premettere che sovra di essa non

*1 Tom. 5, pag. 63, n. 174.

*2 Tom. 2, art. 1001, n. 9, pag. 350.

*3 Tom. 1, pag. 319, n. 325.

*4 In un con quella se il legittimario che ha ricevuto dall'erede testamentario il legato fattogli dal testatore, possa chiedere il *supplimento della legittima*, quistione che egli osserva trovarsi risolta a favore di detto legittimario dalla legge 35, § *et generaliter*, cod. *De inofficioso testamento*; e

furono concordi le opinioni di Richard, *1 di Furgole, *2 e di Chabrol *3.

Che il primo di questi autori ammette la distinzione fra le nullità *apparenti* del testamento, e quelle *non apparenti* (adottata pure come sovra dal signor Duranton coll' esempio per esso addotto delle seconde); che Chabrol propende per la stessa distinzione, ma che Furgole la respinge, sostenendo che *l'esazione del legato* per parte dell'erede legittimo non possa giammai privarlo del diritto di impugnare il testamento nullo, quand' anche trattisi di errore di diritto, e che l'erede istituito in un testamento nullo non possa giammai divenir tale, se non in forza di una espressa transazione coll'erede legittimo, od un altro atto traslativo per parte di questo della proprietà dei beni ereditarii.

Che finalmente Domat, nelle sue leggi civili lib. 3, tit. 2, sez. 3, num. 2 e 8, accostossi alla distinzione abbracciata dai prelodati Richard e Chabrol, la quale sembra parimente adottata dal Cujaccio.

Egli soggiunge che l'opinione di Furgole fu appoggiata alla giurisprudenza del Parlamento di Tolosa, a cui era contraria quella del Parlamento di Parigi in varie decisioni, fra le quali una del 1778.

Ragionando poscia sulla controversia, egli riflette dall' un canto agli inconvenienti che nascerebbero se si ammettesse che un erede legittimo, il quale ha eseguito il testamento, potesse, dopo trascorsi parecchi anni, impugnarlo come nullo per difetto di formalità, ciò che comprometterebbe la tranquillità delle famiglie e renderebbe le proprietà affatto incerte.

E dall' altro canto ammette il principio secondo cui non puossi opporre una eccezione desunta da un consenso che non sia stato prestato *con cognizione di causa*, e che sia l' effetto

t' altra se colui che ha eseguito un testamento od una disposizione testamentaria *falsificata*, riconosciuta la falsità, possa rivenire sull' esecuzione premenzionata, quistione questa la cui risoluzione affermativa, dice con ragione il signor Grenier, secondo la dottrina del lodato Chabrol, non ammettere dubbio.

*1 *Des donations*, 5.e partie, n. 1552 et suivants.

*2 *Des testam.*, chap. 6, sect. 3, n. 130 et suiv.

*3 Sur l' article 30 du tit. 12 *De la coutume d' Auvergne*.

dell' errore, perchè non *videtur consentire qui errat*, d' onde egli conchiude *qu'il faut en revenir à la distinction de la nullité apparente et de la nullité cachée*.

Ma quindi citando l' articolo 1540 del codice civile francese, dopo di avere dubitato se quell' articolo sia o non applicabile ai testamenti, esitando, il detto signor Grenier si accosta all' opinione dei prelodati Richard e Domat sulla distinzione premenzionata, ponendo in avvertenza quanto sia prudente cosa, prima di eseguire una testamentaria disposizione, il guardarvi benc addentro, onde riconoscere se essa non vada soggetta a nullità, così per vizio di forma che per qualunque altra causa.

Per ultimo il prelodato autore, fatto cenno delle due sentenze profferte sovra questa controversia dalla Corte d'Appello sedente in questa città infra menzionate, non crede l' autorità del Fabro citata in una di esse (alla cui dottrina egli rende però condegna lode) sufficiente per controbilanciare la diversa opinione degli autori da lui nominati.

La Corte di Appello di Torino fu diffatti la prima che ebbe a pronunciare sovra questa così dubbia controversia con due sentenze profferte il 4 ed il 22 marzo 1806, la prima nella causa Montanara contro Basso, e la seconda nella causa utrinque Albertini. *1

Nella causa Basso l' *escuzione* data al testamento nullo consisteva nel *pagamento dei legati* fatto dall' erede legittimo che poscia impugnava come nullo, e nella causa Albertini consisteva nell' *eseguitasi divisione* in conformità del testamento.

La Corte di Torino rigettando le eccezioni perentorie (*finis de non recevoir*) contro la nullità di quei testamenti, opposte dagli eredi testamentarii, invocava nella sentenza del 4 marzo 1806 la massima additataci dal presidente Fabro *2 *Nemo ex sola adversarii confessione fit haeres*, e le regole stabilite nel titolo *De iuris et facti ignorantia*; e nella sentenza del 22 marzo osservava non risultare « che l' appellata avesse, per

*1 Riferita la prima nella Raccolta dell' Accademia, vol. 4, pag. 96, in quella intitolata Giurisp. del Cod. Civ., vol. 7, pag. 79, e dal Denevers, an. 14, 1806, pag. 213 del supplim. E la seconda nella precitata Raccolta dell' Accademia, vol. 4, pag. 174, nella Giurisprud., cit. vol., pag. 84, e dal Denevers, cit. loco, pag. 215.

*2 In Cod., lib. 6, tit. 12, def. 7.

« transazione od altro legittimo titolo, ammesso come regolare
« il testamento *inspectis, lectis et cognitis eius verbis*, ed os-
« servava che *iniquum est perimere id de quo cogitatum non*
« *dicitur*.

Ma nella causa utrinque Montieux, in cui l'esecuzione data al testamento dal Gian-Giacomo Rigot Montieux del 15 gennaio 1759, nullo per causa di preterizione di un figlio del testatore, consisteva in una transazione seguita sulle basi della divisione, la Corte di Cassazione, con una sentenza del 25 marzo 1807 *1, rigettava la dimanda in cassazione della sentenza della Corte di Grenoble, la quale avea accolta l'eccezione perentoria desunta dalla divisione premenzionata, *2 fondandosi sul disposto dall'articolo 2052 del codice civile francese (il nostro 2094) sulla forza delle transazioni *3.

La Corte d'Appello di Tolosa, con una sentenza del 2 luglio 1807 *4, decideva parimenti che l'erede il quale ha riconosciuto i legati fatti dal testatore non può più impugnarli come nulli, fondandosi sul disposto nella legge 16, § 1, cod. *De testamentis* *5.

Ma la Corte di Riom, con una sentenza del 18 luglio 1809, *6 rigettava l'eccezione che contro la nullità del testamento del Pietro Regal, originata parimenti dal vizio di preterizione; opponevasi contro gli eredi del Giovanni Regal istituito erede nella sola legittima, desunta dalla quitanza che egli avea passata di una somma a conto della legittima stessa.

*1 Riferita nella stessa Raccolta dell'Accad., vol. 7, pag. 101, nella Giurispr. del Cod., vol. 8, pag. 435, e dal Denevers, an. 1807, pag. 199.

Si è soprattutto nelle discussioni che precedettero detta sentenza e nelle conclusioni del pubblico ministero che veggonsi svolte con molta dottrina le teorie in ordine all'errore di fatto e di diritto e sulle transazioni.

*2 La Corte d'Appello di Grenoble non avea preso testo dall'art. 2052 del codice civile francese, invocato dalla Corte di Cassazione, ma bensì dall'articolo 1340, di cui accennerò in seguito la disposizione.

*3 Le quali, a termini dei precitati articoli, non possono essere impugnate per errore di diritto.

*4 Riferita nella Giurispr. del Cod. Civ., vol. 9, pag. 561.

*5 Alla quale poteva con fondamento contrapporsi la legge 4, cod. *De iur-et fact. ignorantia*, applicabile alla divisione, ed a più forte ragione alla semplice ricognizione di un legato.

*6 Riferita dal Sirry, an. 1810, tom. 2, pag. 310.

Essa rifletteva non risultare che il detto Giovanni Regal avesse cognizione del testamento paterno, e che perciò, accettando una parte della legittima in esso lasciategli, avesse potuto intendere di rinunciare alle ragioni che gli competevano contro lo stesso testamento.

Differente era la specie della causa decisa dalla Corte di Besançon con una sentenza del 29 marzo 1811 *1.

Le sorelle La-Mothe che impugnavano il testamento paterno per difetto di menzione della dichiarazione del testatore di non potere sottoscriverlo, e così per contravvenzione agli articoli 5 e 25 dell' Ordiinanza 1755 sulle donazioni e sui testamenti, in un consiglio di famiglia avevano riconosciuto che il loro padre aveva fatto un testamento rivestito di tutte le formalità.

Egli è ovvio che la Corte d' Appello in siffatta ricognizione ravvisasse un ostacolo all' azione in nullità di detto testamento dalle sorelle La-Mothe tardivamente proposta.

Le dottrine che vengo di accennare, le decisioni che furono da me citate, dimostrano quanto, malgrado la massima adottata dalla Corte Suprema di Francia nella succitata sentenza del 15 marzo 1807, la quistione da me proposta dubbia si presenti allo stato delle prescrizioni sancite dal codice civile francese.

Avvegnachè l' applicazione fatta dalla prelodata Corte del disposto dall' articolo 2052 di detto codice ad una transazione, la quale era stata stipulata *non sulla validità o nullità* del testamento del Gian-Giacomo Rigot de Montieux, ma *unicamente sulle basi a tenersi nella divisione della di lui eredità*, andava soggetta ad una ben grave difficoltà derivante dal disposto dell' articolo 2054 (il nostro 2093) secondo cui è luogo a rescindere la transazione allorchè essa fu fatta *in esecuzione di un titolo nullo*, salvo che le parti abbiano espressamente trattato della nullità.

Chè il dire del signor Daniels sostituito procuratore generale presso la Corte di Cassazione nelle conclusioni da lui emanate nella causa surriferita, che il precitato articolo debba intendersi soltanto del caso in cui la nullità del titolo, sulla cui esecuzione si è transatto, sia di fatto e non di diritto, po-

*1 Sirry, an. 1811, tom. 2, pag. 361.

trebbe ravvisarsi stabilire una distinzione, ove la legge non ne fa alcuna.

La Corte di Grenoble, nella sua sentenza del 24 agosto 1806, di cui i fratelli Montieux chiedevano la cassazione, aveva appoggiata la sua opinione all'articolo 1540 del codice francese, secondo cui «... L'esecuzione volontaria di una donazione « per parte degli eredi od aventi causa dal donante dopo la « sua morte, induce la loro rinunzia ad opporre, così i vizi « di forma come qualunque altra eccezione. »

Ma questo articolo non parlando che della donazione, rispetto alla quale il silenzio del donatore durante la sua vita involve una specie di approvazione obbligatoria pei di lui eredi ed aventi causa, non sembra troppo esatto il dedurne argomento intorno alle *disposizioni testamentarie*, le quali non hanno effetto che a partire dal giorno della morte del testatore.

Quello però che il precitato articolo 1540 del codice francese lasciava indeciso, venne previsto dal Sovrano Legislatore nostro nel corrispondente articolo 1453, in cui, sanzionandosi parimente la massima sugli effetti dell' *esecuzione volontaria* di una donazione dopo la morte del donante, essi estendonsi alla *disposizione testamentaria* eseguita dagli eredi, od aventi causa dal testatore.

Contro una disposizione così precisa, diretta, a parer mio, a far cessare le dubbiezze che lasciavano sulla discussa controversia le leggi romane poco fra di loro concordi, le divergenti opinioni e dottrine degli autori, e la varietà dei giudicati, non varrebbe lo invocare il principio che noi abbiamo nella legge 116 *De reg. iur.*, che *non videntur qui errant consentire*.

Il Legislatore considerò che l'esecuzione volontariamente data ad un testamento dee equivalere ad una conferma o ratifica del contenuto in esso, ad una transazione sui diritti che ne derivano, e che potrebbero competere contro il medesimo.

Che colui il quale avrebbe diritto di ricusarne l'esecuzione, perchè esso sia nullo, o per qualunque altro motivo, dee imputare a sè stesso se, prima di eseguirlo egli non procurassi quelle notizie che avrebbero potuto autorizzarlo a tale ricusazione.

Che autorizzare un erede legittimo, il quale ha eseguito il testamento, a proporre tuttavia la nullità sarebbe un compro-

mettere la tranquillità delle famiglie, e rendere incerte le proprietà contro l'interesse dell'agricoltura.

Ed al certo il perfezionamento dato dal nostro Codice al sistema ipotecario, che verrà da me a tempo opportuno dimostrato, esigea che venissero, quanto più far si possa, diminuiti i casi di utile sperimento di un'azione in petizione d'eredità, e rivendicazione di beni immobili formanti oggetto della medesima, promossa contro colui il quale, non soltanto mercè il silenzio degl'interessati, ma ben anzi colla loro *acquiescenza formale*, figurò nel pubblico qual proprietario incontrastabile dei beni da lui posseduti.

Io credo perciò che la disposizione contenuta nel succitato articolo 1453 sia egualmente applicabile ai vizi *non apparenti* del testamento, come per esempio all'incapacità di alcuno dei testimoni in esso intervenuti, all'incapacità del testatore, ed altri vizi cui possa andare soggetto il testamento premenzionato, come ai vizi di forma.

7.º Ma esigendo il precitato articolo 1453 che l'esecuzione della testamentaria disposizione, la quale dee indurre una rinunzia ad opporre i vizi delle forme e qualunque altra eccezione, *sia volontaria*, potrà essa tale chiamarsi l'esecuzione data ad un testamento dall'erede legittimo in seguito ad una copia infedele o falsa che dolosamente siagli stata rimessa del medesimo?

Potrà essa chiamarsi *volontaria* l'esecuzione data ad un testamento in cui sia stato nominato erede *un indegno*, quando la causa della sua indegnità era pubblicamente e dall'erede legittimo ignorata?

Esaminerò siffatte controversie commentando il precitato articolo 1453, ed allorchè occuperommi dell'articolo 2093, procurerò di indagare se esso sia soltanto suscettibile del senso che all'eguale articolo 2054 del codice civile francese veniva dato, come sovra ho detto, dal signor Daniels nelle precitate sue conclusioni, onde porne il prescritto in armonia colla regola sancita in detto art. 1453.

INDICE

LIBRO III.

DEI VARI MODI COI QUALI SI ACQUISTA LA PROPRIETÀ

CAPO IV. *Della forma dei testamenti.*

<u>SEZ. 1.^a Dei testamenti ricevuti da' notai</u>	<u>Pag. 5</u>
<u>SEZ. 2.^a Dei testamenti presentati ai Senati od ai Tri-</u>	
<u>bunali</u>	<u>163</u>
<u>SEZ. 3.^a Delle note testamentarie</u>	<u>182</u>
<u>SEZ. 4.^a Regole particolari sulla forma di alcuni testamenti »</u>	<u>195</u>
<u>SEZ. 5.^a Disposizioni comuni alle varie specie di testamenti »</u>	<u>269</u>

5682343



